J. pract. 321.

Bibl. Ster.
N 27

J

<36628664750017 S

<36628664750017

Bayer. Staatsbibliothek

Ueber Vermuthungen vorzüglich mit Hinsicht auf bürgerliche Rechtslehre.

Mit
Bewilligung der kurfürstlichen
Juristenfakultät
zur Erlangung der juristischen
Lizentiatenwürde
unter dem Vorsitze
des
Herrn Hofraths und Professors Gönner
zur öffentlichen Prüfung vorgelegt
vom Verfaßer

Matthias Weindler, d. R. K.
aus Stamsried in der oberen Pfalz.

9. September 1801.

Landshut, bey Anton Weber, 1801.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Noch keine Vorrede schrieb ich mit grösserm Vergnügen, als die gegenwärtige. Das höchste Rescript vom 25. November 1799., durch welches Seine kurfürstliche Durchlaucht nach den weissesten Planen einer hohen geheimen Curatel Baierns Universität regenerirten, verordnete, daß die öffentlichen Defensionen bey Ertheilung akademischer Grade wieder in Gang gebracht werden sollen. Solche öffentliche Uebungen sind nicht blos als eine alte und allgemeine Sitte der Universitäten ehrwürdig, sondern ihr Nutzen läßt sich durch viele Gründe über allen Zweifel erheben. Sie sind öffentliche Proben von dem möglichen Fortgang der Studierenden, und eine treffliche Controlle gegen

Lehrer und Lernende, an der es sonst dem Staate nur zu sehr gebricht — sie sind ein Mittel, manches Talent für die Wissenschaften zu entwickeln — sie sind ein Beweis von Kenntnissen, und den Gaben sie durch einen guten Vortrag mitzutheilen — selbst den Wissenschaften gewähren sie unmittelbare Vortheile, indem mancher Gegnstand, der eben für ein Buch keinen hinreichenden Umfang hat, in solchen Gelegenheitsschriften sehr gut bearbeitet, und auch in kleinen Theilen die Wissenschaft vervollkommnet werden kann. In aller Rücksicht sind solche öffentliche Proben noch durch kein anders Mittel ersetzt worden, wenn auch manche in ihnen Unvollkommenheiten entdeckt zu haben glauben. Wie sehr freue ich mich, daß ich zur Vollziehung dieses höchsten Befehls nach meinen Kräften beytrug, und auf der regenrirten kurfürstlichen Universität den ersten Kandidaten als Präses in den literarischen Kampfplatz einführe!

An der akademischen Abhandlung des Respondenten habe ich, wie ich hier feyerlichst erkläre, keinen andern Antheil, als daß ich ihn zur Bearbeitung dieses Gegenstands aufmunterte, und welchen überhaupt jeder gewissenhafte Lehrer durch Ausbildung der Studierenden auf einer Universität hat; das ganze ist sein Werk, und ihm allein gebührt die Ehre, welche ihm diese Schrift nach meiner Ueberzeugung bringen muß, da er seinen Gegenstand durchdacht, eine sehr verwickelte, bisher vernachlässigte Materie auf feste Grundsätze zurückgeführt und dadurch nicht nur dem praktischen Rechtsgelehrten einen großen Dienst erwiesen, sondern auch eine neue Probe geliefert hat, daß auch das bürgerliche positive Recht noch eine reiche Aerndte von einer ächt philosophischen Bearbeitung hoffen könne. Nicht einmal erlaubte mir die Eile, mit welcher die Schrift der Presse übergeben werden mußte, an ihr das Amt eines Präses durch eine genauere Revision zu erfüllen, und ich gab sie dem Hrn. Verfasser, dessen Talente

lente und Fleiß Vieles von ihm erwarten lassen, mit desto größerer Beruhigung zurück, als ich überzeugt bin, daß jeder billige Leser bey dem reellen Werthe dieser Schrift kleine Blössen gerne übersehen wird, welche das scharfe Aug eines Kritikers daran entdecken könnte. Landshut in Baiern 8. August 1801.

Dr. N. Th. Gönner.

In-

Inhalt.

Einleitung.

Der Richter subsummirt streitige konkrete Fälle unter die Gesetze. §. 1.

Darf nur bestimmt den Fall entscheiden, wovon die Partheyen einstimmig ihr Recht abhängig machen. §. 2.

Beweis von Thatsachen ist nicht mathematisch gewiß. §. 3.

Die Gesetze stellen juristische Gewißheit auf. §. 4.

Juristische Gewißheit ist auf den Gemeinsinn des Menschen berechnet. §. 5.

Auch Annäherung zur juristischen Gewißheit, — Vermuthungen benützt der Gesetzgeber. — Vernachläßigter Zustand dieser Lehre. §. 6.

Folgen dieser Vernachläßigung. — Plan des Versuchs. §. 7.

Erster Theil. Begrif, Eigenschaften, und Eintheilung der Vermuthungen.

Erster Abschnitt. Synthesis, und Thesis. — Begrif und Eigenschaften.

a) Vermuthung ist nicht Unkenntniß. §. 8.

b) Vermuthung ist nicht volle Erkenntniß. §. 9.

c) Nicht zweifelhafte Kenntniß §§. 10 und 11.

d) Nicht unwahrscheinliche Kenntniß. §. 12.

Prüfung der Bestimmungen anderer Rechtsgelehrten. §. 13. u. 14.

Eigentlicher Begrif von Vermuthung. §. 15.
I, Vermuthung ist Schluß. §. 16.
Hat die Form von Schlüssen überhaupt. §. 17.
II. Wahrscheinlichkeit des Schlusses. §. 18.
Natur wahrscheinlicher Schlüsse. §. 19.
III. Wahrscheinlichkeit ist im juristischen Sinne zu nehmen. §. 20.
IV. Vermuthung ist Schluß von der Existenz einer Thatsache
V. Zur Existenz einer andern. — Vermuthungsgrund, und vermuthetes. §. 21.
Vermuthungsgrund, und Vermuthetes — Beyde sind Thatsachen §. 22.
Genetische Bemerkungen über die Vermuthungen. §§ 23. 24.
Zweyter Abschnitt Antithesis, — Unterschied der Vermuthungen von andern ihr nahe kommenden rechtlichen Geschäften.
Eingang §. 25.
I. Wie unterscheidet sich Beweis von Vermuthung.
a) Wie der eigentliche Beweis? §. 26.
b) Wie der uneigentliche Beweis? §. 27.
c) Verhältniß der Vermuthung zum unvollständigen Beweise? 28.
II. Kann die sogenannte praesumtio juris, et de jure unter die Vermuthungen gezählt werden? — Praesum-

sumtio juris, et de jure ist juristische Gewißheit, nicht Vermuthung. §. 29.
Praesumtio juris, et de jure läßt keinen Gegenbeweis zu — wird berichtiget. §. 30.
Verschiedenheit im Zwecke. §. 31.
III. Ist Dichtung (Fictio) mit Vermuthung gleichbedeutend. — Genesis der Dichtung. §. 32.
Ihr Unterschied von Vermuthung. §. 33.
Der Satz: auch etwas unmögliches läßt sich fingiren, wird geprüft §. 34.
IV. In wieweit ist Auslegung, und Analogie von Vermuthung verschieden? -- Sönderung der Frage. §. 35.
A) Unterschied der Auslegung. — Genetische Rücksichten auf Auslegung. §. 36.
Unterschied derselben von Vermuthung §§. 37. 38. 39.
B) Wie unterscheidet sich Anologie von Vermuthung?
Präliminar-Untersuchung, wie Analogie von Auslegung unterschieden sey? — Genesis der Analogie. §. 40.
Unterschied der Analogie, und Auslegung. §. 41.
Unterschied der Analogie, und Vermuthung. §. 42.
Dritter Abschnitt. Eintheilung der Vermuthungen.
Prüfung der Eintheilungen älterer. — Eintheilungsgründe — Quellen, und Wirkungen. §. 43.
I. Eintheilung der Vermuthungen mit Hinsicht auf ihre Quellen. a) Nichtgesetzliche; — b) Gesetzliche, — α) unmittelbar, und β) mittelbar solche. §. 44.
II.

II. Eintheilung der Vermuthungen mit Hinsicht auf ihre Wirkungen. — a) Gesetzlich qualifizirte; — b) Nicht qualifizirte, und nicht gesetzliche Vermuthungen. §. 45.

Vermuthungen, die a) unter positiven, b) unter negativen Bedingungen zur Gewißheit werden.

1) Dringende, 2) entfernte Vermuthungen.

Zweyter Theil. Von den Wirkungen der Vermuthungen.

Eingang. §. 47.

Erster Abschnit. von den Wirkungen der Vermuthungen überhaupt.

Berichtigung, und Söndernng der Aufgabe. §. 48.

I Was wirken die gesetzlich qualifizierten Vermuthungen? Sie befreyen den Vermuthungshaber vom Beweise. §. 49.

Wann auf Beweis des Gegentheils interloquirt werden muß, und wann nicht. §. 50.

Verschiedene mögliche Wirkungen des Beweises gegen Vermuthung. §. 51.

Wieder diesen Gegenbeweis bey Vermuthungen ist neuer Gegenbeweis zuläßig. §. 52.

II. Was wirken die gesetzlich nicht qualifizierten, und die nicht gesetzlichen Vermuthungen? — Sie können ebenfalls den Vermuthungshaber von der Beweislast befreyen. § 53.

Nicht alle diese Vermuthungen, befreyen den Vermuthungshaber von der Beweislast. §. 54.

Gründe, warum sie dieß nicht wirken. §. 55.
Ausdehnung der angegebenen Grundsätze. §. 56.
Aufsuchung von Regeln zur Erkenntniß, welche Vermuthungen den Beweis des Gegentheils auf Seite der Gegenparthey wirken, und welche nicht. §. 57.
Festsetzung der aufgefundenen Grundsätze. §. 58.
Nähere Bestimmungen über den Beweis der Bedingungen, unter denen Vermuthung Gewißheit wird. §. 59.
1) Umsicht des ersten Grundsatzes.
a) In Ansehung der Natur, und Kunst. §. 60.
b) In Ansehung der Rechte. §. 61.
2) Umsicht des zweyten Grundsatzes. §. 62.
Zweyter Abschnitt. Von den Wirkungen der Vermuthungen im Zusammentrefungsfalle mehrerer.
Eingang. §. 63.
I. Wirkung zusammentrefender Vermuthungen in der Tendenz zu einem, und demselben Endzweck. — Auch mehrere Vermuthungen geben keinen vollen Beweis. §. 64 und 65.
II. Wirkung der in entgegensetzter Richtung zusammentrefenden Vermuthungen. — Bestimmung der Aufgabe? §. 66.
Ob überhaupt eine aus mehrern collidirenden Vermuthungen wirke? §. 67.
Welche aus sich collidirenden Vermuthungen äussert ihre Wirksamkeit? — Die sich in Ansehung der andern verhält, wie Ausnahme zur Regel. §. 68.

1) Stehen zwey sich collidirende Vermuthungen je im Verhältniß der Ausnahme zur Regel? — Diese Frage wird bejahet. §. 69.

2) Kenntnißgrundsätze für dieses Verhältniß. § 70. u. 71.

Beyspiele zur Anwendung der gegebenen Grundsätze. §. 72.

Aber nicht alle in Collision stehende Vermuthungen haben zu einander das Verhältniß der Ausnahmen, und Regel. — a) einige heben sich gegeneinander auf. §. 73.

b) Uebrigens wirket die dringende Vermuthung vor der entfernten. §. 73.

Verhältniß einer Vermuthung zu einer indirekten Gegenvermuthung. §. 75.

Ein-

Einleitung.

§. 1.

Der Richter subsummirt streitige konkrete Fälle unter die Gesetze.

Rechtsverhältnisse im allgemeinen bestimmt die Gesetzgebung, — sie giebt Normen, nach welchen in jedem möglichen Falle die Bürger eines, und desselben Staates sich coexistiren sollen. Jeder bestimmte Fall, — alles, was geschieht, darf nur nach diesen Normen geschehen, — muß seine rechtliche Form haben. Was immer diese nicht an sichträgt, ist Störung der rechtlichen Ordnung im Staate, wogegen dessen Gewalt schützen muß. In einem nicht unmittelbar das ganze, sondern die einzelnen betreffenden Falle muß selbe von diesen zum Schutze aufgefodert werden. Der Richter sucht durch Vergleichung des vorkommenden Falles mit dem im Gesetze gedach-

ten, — durch Subsumtion unter das Gesetz seine rechtlichen Bestimmungen auf; — sagt das Resultat hievon in einem Urtheile aus, — bestimmt das Rechtsverhältniß für den gegebenen Fall insbesondere.

§. 2.

Darf nur bestimmt den Fall entscheiden, wovon die Partheyen einstimmig ihre Rechte abhängig machen.

Den Rechtsstreit bestimmter Partheyen muß er entscheiden. — also bestimmt den Fall unter die Gesetze subsummiren, wovon die Partheyen einstimmig ihr Recht abhängig machen. Erfolgt die Einstimmung über die Wirklichkeit der streitigen Thatsache nicht freywillig, so muß selbe nach einer gesetzlichen Nothwendigkeit durch Gründe ersetzt werden, welche eine Parthey für die Wahrheit des Falles, ohne vom Gegner widerlegt zu werden, vorbringt; — Beweise müssen entscheiden.

§. 3.

Beweiß von Thatsachen ist nicht mathematisch gewiß.

Nur müssen die Kenntnißgründe, um mit gegebener Wirkung für einzelne Partheyen zu gelten, überhaupt allgemeine Gültigkeit haben. —

ben. — Kenntnißgründe von Thatsachen sind es: — so wenig, wie diese, vor der Erfahrung gegeben, sohin selbst wieder Gegenstand der Erfahrung. — Gegenstände der Erfahrung werden nicht mit allgemeiner Nothwendigkeit erkannt; etwas, das sich auch sehr vielen mit dem nöthigenden Gefühl des Daseyns aufdringt, ist noch lange nicht an das Selbstbewußtseyn aller, nicht einmal aller Glieder des nämlichen Staates, wie an sein bedingtes gekettet, ist noch nicht allgemein gültig: und nothwendig. *)

Allgemeine Gültigkeit der Gründe zur Erkenntniß von Thatsachen kann demnach nicht aus einer, und derselben Quelle fließen, woraus der Mathematiker die apodicktische Gewißheit seines Wissens schöpft. — Den Staatsschutz durch mathematische Gewißheit bedingen, und ihn für ganz unzuläßig erklären, würde in den Wirkungen gleichdeutend seyn.

§. 4.

Die Gesetze stellen dafür juristische Gewißheit auf.

Aber, weder erlaubt der Staatszweck so schlechthin jeden Anschein zum Bestimmungsgrunde des

*) Cambaceres Klage in seiner Rede über die Philosophie der Gesetzgebung, wo er sagt: „man hat mit Recht ge„sagt, daß die Wissenschaft der Thatsachen, obgleich die „wich-

des Rechtsschutzes zu erheben, noch darf die ursprüngliche Würdigung der Kenntnißgründe dem subjektiven Urtheil des Richters überlassen werden; nie sey er mehr als Organ der Gesetze — dem Gesetzgeber allein kömmt es zu, die Mittel zur Erkenntniß von Thatsachen in Umlauf zu setzen, welche im Gebiethe der Rechtslehre als Surrogat mathematischer Gewißheit, wie diese gleich untrügliche Gültigkeit haben.

Die ferne Gefahr einer möglichen Rechtskränkung, die für den einzelnen daraus erwächst, ist Resultat einer nothwendigen Auflösung des Widerstreits der Vernunft; — entweder diese Gefahr auf sich zu nehmen, oder überhaupt den unaufgebbaren Gedanken aufzugeben, durch ein angeordnetes Ganze — (den Staatsverein) sich der immerhin gegenwärtigsten Gefahr zu entziehen, — einen rechtlichten Zustand zu gewinnen. Die Gesetzgebung bedient sich dadurch, gleichsam, wie Möser nicht unpassend sagt: a) eines Notyrechts der menschlichen Ruhe, und erfüllet die Pflicht, welche ihr Cambaceres auflegt, wenn er sagt: b) „In der bürgerlichen — „Ordnung ist Ungewisheit eine Geisel, vorz g- „lich

„wichtigste von allen doch diejenige sey, die noch am „weitesten zurück ist." Ist daher nicht ungegründet, aber ungerecht; es wird, und muß wohl ewig so bleiben. Grolmann Magazin für die Philosophie, und Geschichte des Rechts, und der Gesetzgebung, 1. B. 1. St. S. 119.

a) Patriot. Phant. Th. 4. St. 30. Seite. 114.

b) a. a. O. S. 121.

„ lich ist es Pflicht des Gesetzgebers, diese zu be„ kämpfen, er wird nicht siegreich aus dem Ge„ fechte kommen, wenn er, statt das Schiff zu „ befestigen, selbes den Stürmen der Abwechslung „ menschlicher Dinge allein überläßt.

§. 5.

Juristische Gewißheit ist auf den Gemeinsinn der Menschen berechnet.

Rechte auch dem Bedürfniß geopfert, sind — Opfer, das Sünopfer darf größer nicht seyn, als es die gebietherische Nothwendigkeit erheischt. So die Gründe für die Wahrheit einer Thatsache aus dem gemeinen Leben aufgegrifen schaft sie das Gesetz zu allgemein geltenden Kenntnißgründen um, adelt sie zur jurstischen Gewißheit.

Er hat es ja selbst gesagt, heißt es immer, wenn jemand mit Verläugnung der so natürlichen Selbstliebe irgend was gegen sich eingesteht, und man trägt an dessen Wahrheit auch nicht das mindeste Bedenken mehr; nur eine durch Interesse (sey es auch wissenschäftliches) oder durch Vollwichtigkeit des Gegenstandes, wo die Größe der Selbstverläugnung nicht mehr faßlich erscheinet, (wie im peinlichen der Fall ist), geschärfte Denkkraft wird mistrauisch hier noch Blössen finden.

Bey

Bey der Aussage zweener Zeugen, die bey dem heiligsten, was sie kennen, bey ihrer Moralität zur Wahrheit aufgefodert — vereidet wurden, — beym Geständniß, oder Zeugniß in bleibenden Zeichen ausgedrückt — den Urkunden; — bey der Ueberzeugung durch die Sinne, eigene, oder fremde (in Sachen der Kunst) dem Augenschein ohne - und mit Beyziehung von Kunstverständigen, — endlich bey der Eideszuschreibung, und — den man unter den Namen des künstlichen Beweißes allen diesen entgegen setzet, — wer verkennt hiebey den ihnen allen gemeinsamen Gesichtspunkt, daß der Gesetzgeber den Gemeinsinn für Wahrheit eine Thatsache zu einer für die Staatsbürger vollgültigen — zur juristischen Gewißheit stempelte?

§. 6.

Auch Annäherung zur juristischen Gewißheit, — Vermuthungen benützt der Gesetzgeber. — Vernachlaßigter Zustand dieser Lehre.

Kenntnißgründe für Thatsachen, welche nicht ausdrücklich durch das Gesetz das Gepräge der Gewißheit an sich tragen, nähern sich doch dieser mehr, oder weniger; — auch Annäherung zur juristischen Gewißheit zu benützen kann der Gesetzgeber zweckmäsig finden; auch sie giebt er dem Richter als Bestimmungsgrund, freylich nicht zunächst zur definitiven Festsetzung von Rechten,

aber

aber doch zu einer diesem Zweck untergeordneten Verfügung an die Hand; und dieses ist der Fall mit den Vermuthungen (Praesumtiones), einem Gegenstand, der von den Civilisten noch so sehr vernachläßigt ist.

Die Quellen unserer Rechte in Deutschland sind größtentheils ein Aggregat von Responsen der verschiedensten Rechtsgelehrten, Entscheidungen individueller Fälle, wie sie in der Erfahrung ihnen vorkamen; seltner sind darinn durchgreifende Regeln, allgemeine Grundsätze aufgestellt (a). Und die Rechtsgelehrten, statt, daß sie Grundbegrife in die Gesetze, durch Abstraktion aus ihnen, hineintrugen, und selbe zu einen geordneten Ganzen machten, suchten lieber ihr Glück darinn, Wasser in den Strom zu tragen, dichteten Fälle zu tausenden aus, und entschieden sie; sie scheinen den abentheuerlichen Gedanken gehabt zu haben, durch Erfahrung, das unendliche Feld der Erfahrung zu ermessen.

Die Kasuisten Mennoch, a) Maskard, b) und der ältere noch viel klügere Alziat c) bewahrheiten dieß zur Genüge, und so wird es den aufmerksamen Beobachter nicht befremden, daß es in

a) Gönner Handb. des gem. deutsch. Proz. Band I. Seite 254.

a) De Praesumt, Comentar. Genevae, in Fol.

b) Conclusiones Probat. &c. Francofurti 1661. in Fol.

c) Tractatus de praesumt. Venetiis. 1564.

in der Lehre von Vermuthungen noch so wenig helle, daß noch so viel schwankandes, und verwornes darinnen ist. Hätte nicht Böhmer a), freylich nur so im Vorbeygehen, indem er sich einzig auf die Collision der Vermuthungen beschränkte, so manchen Knoten wenigstens in einigen Fugen gelöset: verbreitete nicht die Sonne, welche in unsern Tagen durch philosophische Rechtslehrer am Himmel des peinlichen Rechts aufgieng, ihre Stralen auch über die dort einheimische Lehre von Anzeigen, b) (indicia), und wegen der Verwandtschaft auch über die Vermuthungen im bürgerlichen Rechte, man dürfte es vielleicht mit Alziat auch heute noch sagen: „materia — — confusa, „et inextricabilis fere est" (c).

§. 7.

Folgen dieser Vernachläßigung. — Plan des Versuches.

Hinc illae lacrimae! — sie hat sich auch gerächt diese Vernachläßigung. — Von keinem festen

a) Iust. Henning. Böhmer de collisione praesumtionum in seinen exercit. ad Pand. T. 4. exercit. 66.

b) Feuerbach Lerbuch des gem. peinl. Recht. Giessen 1801. III. B. I. T. I. Absch. 2. Abth. §. 572 -- 593. Grolmann Grundsätze des peinl. Rechts 2 B. 2. Th. I. Abth. 2. Kap. I. T. 4. Absch.

c) Citat. Tractat. Fol. 4.

sten Grundsatze geleitet, gewann die heillose Willkühr der Richter ihren so verderblichen Spielraum; Verfügungen auf eine und die nämliche Vermuthung gebaut selbst vom nämlichen Richter, wie oft sehen sie sich wohl gleich? — Noch jetzt stellt man den Satz auf: mehrere Vermuthungen geben einen vollständigen Beweiß; so wie bey der Lehre über die Wirkungen der Vermuthungen noch allenthalben keine ganz befriedigende Grundsätze angegeben werden.

Und erst im peinlichen Rechte! — Nur diese Vernachläsigung hat da (um mehr nicht zu erwähnen) die Mißgeburt von ausserordentlicher Strafe zur Welt gebohren, die auf blosse Anzeigen (Vermuthungen) erkannt ward, gleich, als wäre eine Strafe, die gewisse Existenz eines bedingten denkbar — da, wo man nicht weiß, ob auch die Bedingung existire — die Existenz eines begangenen Verbrechens durch eine bestimmte Person noch nicht gewiß ist. Wahrlich, wen befremdet es nicht, wenn man da, wo es doch meist unersetzlichen Rechten gilt, noch ungebundener Willkühr ihr Unwesen treiben sieht, als selbst in bürgerlichen Fällen nimmermehr geschah; die Polizey bestach die Justitz, ihre Furcht vor den wahrscheinlichen Verbrecher gab dieser das Schwert in die Hand; um sich ihrer Sorge zu entledigen, machte sie letztere zur Verrätherin der Menschheit. Was aber die Polizey hier wirken kann, und

soll,

soll, a) liegt ausser meiner Sphäre, wie ich mich überhaupt bey meinem Versuche über Vermuthungen bloß auf bürgerliche Rechtslehre einschränke, ob ich gleich überzeugt bin, daß das meiste auch auf das peinliche Recht anwendbar seyn wird.

Gerne überlaße ich nebenher die Ehre, dicke Kasuisticken geliefert zu haben, den Vorgängern Alziat, Maskard, und Menoch. Mein Bemühen wird dahin gehen, einige allgemeine Ansichten in die Lehre von Vermuthungen zu bringen; ich werde demnach im ersten Theile vom Begrif, Eigenschaften, und Eintheilung der Vermuthungen reden, und im zweiten Theile die Wirkungen derselben folgen lassen.

I. Theil.

a) V. gl. Feuerbach, Lehrbuch I B. II. Th. II. T. II Absch. § 91. Eisenhart, Bezin, Bergk, – Preisschriften im Archiv des Crim. Rechts B. III. St. I. II. & III. Quistorp. Versuch einer Anweisung für Richter bey Verfahren in Kriminal- und Straf-Sachen rc. Leipzig 1789. 8. §. 26 – 29. Gregel resp. Hausl, Diss. de potestatis politiae et criminalis nexu et differentia. Wirzburg 1799. 4.

I. Theil.

Vom
Begrif, Eigenschaften, und Eintheilung der Vermuthungen.

I. Abschnitt.

Synthesis, und *Thesis* — Begrif, und Eigenschaften.

§. 8.

Vermuthung ist nicht Unkenntniß.

Keine Erkenntniß, ohne Kenntnißgrund. — Macht sich unser Erkenntniß-Vermögen die Aufgabe, irgend ein Unerkanntes mit Hinsicht auf Daseyn nach den ihm eigenen Gesetzen zu bestimmen, so hat selbes in der Auflösung vor allen seine Tendenz dahin zu nehmen, daß es etwas bereits erkanntes, vermittels welchen sein Problem gelößt werden kann, das ist, einen Kenntnißgrund auffinde, welcher die für sich bestehende Gewißheit auf die unerkannte Thatsache, durch seine Verbindung mit selber, überträgt. Der Erfolg dieses Aufsuchens bestimmt das Schicksal einer

einer problematischen Thatsache in Ansehung ihrer Erkenntniß. — So lang sich gar kein Kenntgrund vorfindet, mit welchem sie im Zusammhange stünde, so lange ist der dabey vorwaltende Zustand des Gemüths Unwissenheit, Unkenntniß der Sache.

Daß hier von keiner Vermuthung die Rede seyn könne, daß der Unwissende nicht vermuthe, fällt von selbst in die Begrife.

§. 9.

Vermuthung ist a) nicht volle Erkenntniß.

Dagegen, wenn Gründe dem Forscher aufstossen, welche der Verstand in solchem Zusammenhange mit der erst zu erkennenden Thatsache findet, daß von der Existenz jener auf diese geschlossen werden müsse, oder könne, so ist das R.sultat hievon immer eine Erkentniß. — Muß vom vorgefundenen Grunde auf das Daseyn der problematischen Thatsache gefolgert werden, ist ihr Zusammhang auch nur (um mich sogleich innerhalb meiner Spähre, der Rechtslehre zu beschränken) gesetzlich nothwendig, so wissen wir, — haben volle Kenntniß der Sache — juristische Gewißheit, keine Vermuthung; die von zween klassischen Zeugen ausgesagte Thatsache weiß der Richter, er vermuthet sie nicht; wer wird auch

zu

zu seiner nur unvollendeten Befriedigung vermuthen, wo Wissen seinem Urtheile unumstößliche Haltung verschaffen kann? Der Satz, Vermuthung muß der Wahrheit zurückstehen a), (praesumtio cedit veritati) ruht demnach auf festen Boden.

§. 10.

b) nicht zweifelhafte Kenntniß.

Im Falle aber, daß angegebener nothwendiger Schluß vom Kenntnißgrund auf das durch ihn zu erkennende nicht statt hat, und letzteres aus ersterem nur hervorgehen kann, haben wir zwar eine Kenntniß, aber für Seyn, und Nichtseyn, — Gründe, und Gegengründe sind gegeben, die sich wechselseitig bedingen; — unbedingt können die einen nur durch Wegräumung der andern werden; unsre Kenntniß ist hier ungewiß.

Ungewißheit beherrscht sohin das ganze Zwischengebieth von Unkenntniß der einen Gränze an bis zur andern, der vollen Erkenntniß; bald kömmt sie der einen bald der andern Gränze näher — sie hat Grade.

Für Seyn, und Nichtseyn lassen sich gleichviele Gründe aufbringen, — man schwebt im Zustande der Zweifelhaftigkeit. Diese ist so zu sagen der Mittelpunkt zwischen Wissen, und Nichtwissen, ein Punkt, worauf sich die erken-

a) l. 24. & 25. D. de prob. l. 57. de jure dot. &c.

kennende Vernunft am wenigsten zu halten vermag, peinlich schwankt sie jetzt zu diesem, jetzt zu jenem hin, und so wie sie die Gründe, oder Gegengründe gesöndert ins Auge faßt, möchte sie der Existenz, oder der Nicht-Existenz sich in die Arme werfen. Diese zweifelhafte Kenntniß kann gleichfalls nicht Vermuthung heissen, wer zweifelt, der vermuthet nicht.

§. 11.

Fortsetzung.

Eben so wenig kann ich Herrn Professor Feuerbach beystimmen, wenn er sagt: a) der Zustand des Gemüthes bey Zweifelhaftigkeit begründe Vermuthung; bestimmt er doch selbst auf der nämlichen Seite Zweifelhaftigkeit dadurch, daß die Gründe für die Thatsachen jenen gegen dieselbe gleich seyen, Gründe heben sich gegen gleiche Gegengründe wie eine positive gegen eine gleiche negative Größe auf, wo soll nunmehr ein Vermuthungsgrund liegen? — ich kann keinen absehen, weder in der Tendenz zur Existenz einer Thatsache noch in jener zur Nicht-Existenz. — Annehmen, daß aus Zweifelhaftigkeit dann Vermuthung hervortrete, wenn man die Gründe oder die Gegengründe einseitig seinem Bewußtseyn vorhält, heißt willkürlich aus dem Zustand der Zweifelhaftigkeit herausgehen, und

a) Lehrbuch des gem. p. R. §. 378.

und Vermuthung an ihre Stelle setzen, uneingedenk, daß sie durch eine gleich gegründete Gegenvermuthung im nämlichen Zeitpunkt auch schon als aufgehoben, und sohin schon überhaupt als gar nicht existent gedacht werden muß.

Noch läßt sich diese Wahrheit durch die Anerkennung der Rechtsgelehrten verbürgen; — Sie stellen das Ideal eines halben Beweises auf, der weder für noch gegen die Gewißheit der Beweis-Thesis überwiegende Gründe zuläßt, folglich die Sache in Zweifel setzt; — wo sie denn auch weder schlechthin auf den Erfüllungs- noch auch Reinigungs-Eid erkannt wissen wollen; sie nehmen noch erst ihre Zuflucht zu andern Umständen, wie Conduite u. d. gl., die für einen, oder den andern den Ausschlag geben sollen; — die geheime Triebfeder davon ist gewiß das dunkle Gefühl, daß Zweifelhaftigkeit überhaupt kein Bestimmungsgrund zu einer entscheidenden richterlichen Verfügung werden könne, sondern daß man vielmehr für eine Seite ein Uebergewicht, und eben dadurch erst Vermuthung zu gewinnen suchen müsse.

Im Mittelgrade unsrer ungewissen Erkenntnisse — im Zustande des Zweifels darf man demnach Vermuthung nicht suchen. Und doch ist sie im Gebiethe der Ungewißheit ansässig! — wir wollen den Mittelpunkt verlassen.

§. 12.

c) nicht unwahrscheinliche Kenntniß.

Sobald Gründe und Gegengründe sich einander nicht mehr die Wage halten, die einen, oder die andern das Uebergewicht bekommen, findet sich unser Gemüth geneigt, sich zur Parthey der überwiegenden zu schlagen, sich durch die Mehrheit der Gründe, — durch Wahrscheinlichkeit bestimmen zu lassen.

Gründe, oder Gegengründe — für Seyn, oder Nichtseyn können die größere Zahl ausmachen, somit bald dieses, bald jenes die Wahrscheinlichkeit für sich haben; ihr gegenüber muß immer Unwahrscheinlichkeit stehen, ist die Existenz wahrscheinlich, so ist unwahrscheinlich die Nicht-Existenz, und so ganz umgekehrt a).

Von diesen zween einzig noch übrigen Graden ungewisser Erkenntnisse kann Unwahrscheinlichkeit wieder nicht Vermuthung begründen; wer wird auch Daseyn vermuthen wollen, wenn er mehrerer Gründe sich dagegen bewußt ist? Nur, wenn man sich Gründe, und Gegengründe ausser ihrer nothwendigen Wechselbeziehung denkt, und schon das Urtheil fällt, ohne noch die Gegenparthey

a) man Vgl. Feuerbach Lehrbuch rc. — und Grolman Grundsätze rc. a. a. O.

they gehört zu haben, mag man auch da von Vermuthung reden, wo sich die Kenntniß in Beziehung auf die gegentheiligen Gründe gedacht, immer erst als unwahrscheinlich herauswirft; aber solche Unbestimmtheit im Ausdrucke ist nirgends weniger, als im Gebiethe der Rechtslehre verzeihlich: allgemein gültige Normen sollen hier aufgestellt, richterliche Willkühr aus dem Gebiethe der verwaltenden Justiz verbannt werden; nie sey es dem Richter möglich wegen Unbestimmtheit des Ausdruckes selbst die Wirkungen zweyer Gegensätze zu vermengen.

Man würde also für diesen Fall, wo man einseitig nur die Gründe im Auge hat, ohne sich noch der Gegengründe gehörig bewußt zu seyn, vielmehr von **Muthmaßung** a) reden dürfen, welche eben, weil man der Gründe, und Gegengründe noch nicht deutlich bewußt ist, es noch immer denken läßt, daß sie die Wahrscheinlichkeit gegen sich habe; und sich bloß im Kreise des unwahrscheinlichen herumtreibe; — Vermuthung liegt ausser dieser Spähre, **Argwohn**, **Verdacht** — diese gehören ihr an; — die Parthey muß sich vom **Verdacht** befreyen, den Reinigungseid schwören, wenn der vom Gegentheil geführte Beweis, wie sie sagen, nicht halbvoll, — die Existenz der behaupteten Thatsache noch **unwahrscheinlich** ist.

a) **Feuerbach** Lehrbuch des gem. p. R. §. 273.

Diesemnach verschwindet die Meynung derjenigen, welche Vermuthungen für ferne Hilfsmittel (adminicula) des Beweises gelten lassen a), unter die irrigen Behauptungen. Justus Müller, und mit ihm alle, auf die er sich beruft, kann mehrere vieldeutige (graves) Vermuthungen nur unter dieser Voraussetzung zu einem halben Beweise fodern b); von mehrern Verdachtsgründen, deren jeder für sich eine Kenntniß noch unwahrscheinlich läßt, kann wohl dieses, wenn sie coordinirt auf den nämlichen Zweck hinwirken, — und auch noch soviel behauptet werden, daß selbst Vermuthung daraus hervorgehe, aber sie selbst sind an sich noch keine Vermuthungen; obgleich jeder Verdacht nothwendig Vermuthung zum Gegensatze hat; — Verdacht für Existenz hat Vermuthung für Nichtexistenz sich gegenüber, und daß es auch umgekehrt ganz so sey, erhellet ohne meine Erinnerung. Um so weniger wird man also das unwahrscheinliche, — das, wofür nur Verdacht vorwaltet, vermuthen, — Vermuthung mit Verdacht verwechseln können. Was ist nun denn Vermuthung? — Allererst wollen wir sehen, wie uns andere diese Frage beantworten.

§. 13.

---

a) Böhmer ad Pand. exercit. 66. C. I. §. 10.
b) Promt. j. nov. Tom. IX. Tit. Praesumt. n. 9.

§. 13.

Prüfung der Bestimmungen anderer Rechtsgelehrten.

Alziat bestimmt Vermuthung dadurch, daß er sagt a): „est conjectura probabilis „ex certo signo proveniens, quae „alio non adducto pro veritate ha„betur.

Ohne mit ihm darüber zu rechten, daß seine Conjectura probabilis die Sache um nichts deutlicher mache; die beyden Ausdrücke nur noch schwankender, als praesumtio sind, wollte er schon selbst den ganzen Umfang der Vermuthungen nicht ermessen, sondern sich einzig auf die Rechtsvermuthungen beschränken; und auch mit seiner Beschränkung entgeht er wenigst dem Vorwurf einer Unbestimmtheit nicht; nebstdem, was hierüber schon erwähnt worden, kann das alio non adducto, nicht ohne Gewalt, um die Wahrheit zu retten, auf certo signo zusammengenommen, zurückbezohen werden; auch soll es sich unten zeigen, daß nicht alle Rechtsvermuthungen allein unter der Bedingung eines nicht möglichen Gegenbeweises zu juristischen Gewißheiten werden.

a) Tract. de praesumt. p. III. Rol. 11. n. 1.

Menoch giebt an a): Vermuthung sey dann zugegen, „cum aliquibus positis veri„ similiter, atque ita probabiliter, „ non autem necesario sequitur, „ quod intendimus. Läugnen läßt es sich nicht, daß sich in diese Bestimmung so ziemlich alle Merkmale des Begrifes von Vermuthung hineintragen lassen, aber sie aus selber herausbekommen, würde immer mit vieler Gefahr eines Irrthums verbunden seyn, da Pleonasmen, (wie hier das ita probabiliter, non autem necesario doch gewiß sind) die man nirgends weniger, als in Begrifen sucht, so leicht auf Nebendinge hin — verführen. Zudem begeht Menoch den mit allen andern gemeinsamen Fehler, daß er seine Wahrscheinlichkeit (verosimiliter) nicht nach den Eigenheiten der Rechtslehre, als wofür sein Begrif einzig gemacht ist, hinlänglich bestimmte.

§. 14.

Fortsetzung.

Maskard giebt wieder keine allgemeine Bestimmung, sondern, nachdem er verschiedene Begrife aufgezählt, schreibt er so etwas nieder b), das

a) Coment. de praesumt. &c. Quaest. 4. n. 1.

b) de probat. Vol. I. Quaest. 10. n. 31. --- er sagt; praesumtio juris est, quando lex aliquid de aliquo praesumit, et ex hoc praesumtione ultra sese non proferens eadem lex aliquid sancit.

das er vermuthlich für einen Begrif von Vermuthungen ansah. Etwas darüber zu erinnern wäre baarer Wort = und Zeitverlurst.

Böhmer sagt uns a); es trete Vermuthung ein, „quando varii, ac dubii „casus, vel sententiae concurrunt, „et ex istis magis probabilem prae-„ferimus ad fidem faciendam.

Gerne, ich weiß es, gesteht mir jeder ein, daß dieser Begrif ihn in der Sache um nichts klüger mache; verschiedene zweifelhafte Fälle im Begrife aufzunehmen, würde die Bestimmung der Funktion des Gemüthes beym Vermuthen als nothwendige durch sie erkennbare Voraussetzung überflüssig gemacht haben.

Auch ist seine Angabe des Zwecks — um Ueberzeugung dem Richter zu verschafen; ganz mit jenem vom Beweise zusammenlaufend, — ohne nähere Bestimmung unrichtig.

Schon unter einem richtigern Gesichtspunkt betrachtet sie Hellfeld b), er stellt Vermuthung in die Klasse der künstlichen Beweise, und beschränkt solchen zum spezifischen Unterschiede mit dem Prädikat wahrscheinlich.

Am

a) Cit. Exercit. C. I. §. 3.

b) Jurisprud. Forens. sec. Pand. Ord. Tom. II. lib. 22. tit. 3. §. 1152.

Am besten weist Grolmann die Genesis der Vermuthungen nach a). „So bald die Existenz „des einen, die des andern wahrscheinlich schliessen „läßt, so sagt man, daß in jener ein Schluß „für diese liege;" und mit einer nur der Rechtslehre angehörigen Beschränkung, wird sich der eigentliche Begrif daraus angeben lassen.

§. 15.

Eigentlicher Begrif von Vermuthung.

Den juristisch wahrscheinlichen Schluß von der Existenz einer Thatsache auf die einer andern nenne ich Vermuthung; und da Wahrscheinlichkeit Unwahrscheinlichkeit zum Gegensatze, (§. 11) somit das Gegentheil nur mehr als bloß möglich sich gegenüber stehend hat, so wird gleichbedeutend der Begrif auch so ausgedrückt werden können, Vermuthung ist Schluß von der Existenz einer Thatsache zu der einer andern, so, daß das Gegentheil mehr bloß möglich gedacht werden kann.

Die Analysis wird die nähern Bestimmungen liefern; ich fodere demnach zum Begrif

I. Einen Schluß.
II. Wahrscheinlichkeit des Schlusses.

III.

a) Theorie des gerichtl. Verfahrens ꝛc. §. 90.

III. Wahrscheinlichkeit im juristischen Sinne.

IV. Die Existenz einer Thatsache, als die Basis — Grund des Schlusses. Und

V. Existenz einer andern Thatsache, als das aus dem Grund hervorgehende — geschlossene.

Beyspiele von solchen Schlüssen kann man im Alziat, Menoch, und Maskard auf jeder Seite treffen; auch ist selten ein Titel der Pandek.en davon leer; ohne mich aber damit aufzuhalten, worüber man die angeführten Kasuisten (freylich ohne sonst bedeutenden Nutzen) nachlesen kann, gehe ich sogleich an die nähere Untersuchung der Bestandtheile des Begrifes.

§. 16.

I. Vermuthung ist Schluß.

Irgend ein unbestimmt gegebenes bestimmen, — B von A aussagen, ist Funktion des Verstandes im eigentlichen Sinne, — der Verstand urtheilet; Bedingung vom Urtheile ist es, daß keine Dazwischenkunft eines dritten Begrifes Subjekt und Prädikat in Verbindung setze, kein Mittelbegrif von A auf B hinführe, — sie werden ohne weiters von einander ausgesagt. Sobald ein Prädikat mit dem Subjekt erst durch

ver-

vermittelnde Begrife in Zusammhang gesetzt erscheinet, ist das Urtheil zu einem Schlusse erwachsen, die nach Einheit strebende Vernunft äussert hiebey ihre Wirksamkeit. — Schlüsse liegen im Kreise ihrer Funktionen. — Man will die Existenz der Thatsache X aussagen, — X existirt. Soll dieses Urtheil den Foderungen unsers Erkenntnißvermögens an jedes, das nicht bloß zur Uebung der Form für die Schule gemacht ist, genüge leisten, — Realität — Wahrheit haben, so ergeht an die Vernunft die Auffoderung, ein drittes K aufzusuchen, wodurch X als existent erkannt wird, — sie wird zum schliessen aufgefodert.

Diese Funktion der Vernunft ist auch im Gebiethe der Vermuthungen thätig; aus dem Begrife der Thatsache in abstracto, um derer concrete Existenz, und Bestimmungen es sich frägt. gehen diese nicht hervor. Nun aber ist das Daseyn einer andern Sache mit Gewißheit gegeben, und diese giebt der zur Einheit bringenden Vernunft einen Kenntnißgrund an die Hand; ist selber ein Mittelbegrif, wodurch die Existenz der problematischen Thatsache doch so weit eingesehen wird, daß man eine Vermuthung dafür als begründet annehmen könne. — Ich gebe ein Beyspiel: es frägt sich, ob eine bestimmte Schuld nachgelassen worden sey, aus den Begrifen Schuld, und nachlassen wird noch der wirkliche Erlaß nicht erkennt, man sieht wohl, daß sie zusammenhängen

kön-

können, aber nicht, daß sie wirklich zusammenhängen. — Der Schuldschein wird zurück gegeben; wer die Mittel zum Zweck aus den Händen giebt, der will, wenn er keine andere Absicht seiner Handlung darthun kann, auch den Zweck nicht mehr; die Zurückgabe des Schuldscheins ist demnach der Begrif, vermittels welchen der Richter die Begrife Schuld und derer Erlaß unter erwähnter Bedingung zusammenhängend erkennt, den Nachlaß vermuthet. Und so wird man in jedem andern Falle gar leicht die Anwendung machen; bey jeder Vermuthung wird man die Vernunft thätig in der Funktion des Schliessens finden.

§. 17.

Hat die Form von Schlüssen überhaupt.

Vermuthung ist Schluß. — Jeder Schluß ist an gewisse Gesetze des Denkens gebunden, — hat seine nothwendige Form; es ist einleuchtend, daß Vermuthung die allgemeine Form zu schlüssen beybehalten müsse. Und wenn diese darinn besteht, daß das Prädikat des Urtheils, auf dessen Richtigkeit es in einem bestimmten Falle ankömmt, als Prädikat des Mittelbegrifes, — beyde allgemein gedacht, erscheinen, der Mittelbegrif auf das individuelle Subjekt des zu prüfenden Urtheils mit Gewißheit angewendet, — von

ihm in Concreto als gewisses *) Prädikat ausgesagt werde, und daß demnach schon eben dadurch die bestimmten Prädikate dieses Mittelbegrifes zugleich mit ausgesagt sind; so wird sich die nämliche Form auch bey jeder Vermuthung vorfinden müßen. — Wer einen Schuldschein durchstreicht, wird für bezahlt angesehen a); der Gläubiger A hat den Schuldschein durstrichen, also wird A für bezahlt angesehen. Die Thatsache wird hier als Prädikat des Urtheils, Gläubiger A wird für bezahlt angesehen, dessen Richtigkeit in Frage steht, allgemein im Obersatze von dem prädizirt, der den Schuldschein durchstrich; der Mittelbegrif, — das Durchstreichen des Schuldscheins vom Gläubiger A dem Subjekte des befraglichen Urtheils als gewisses Prädikat im Untersatz behauptet; von diesem Prädikat war geschehene Bezahlung schon allgemein im Obersatz ausgesagt, sie durfte sohin nur mehr individuel auf den Gläubiger A im Schlußsatze angewendet werden.

Daß diese allgemeine Form zu schlüssen nicht einzig auf das angegebene Beyspiel, sondern auf alle Vermuthungen sich erstrecke, bedarf wohl keiner Erinnerung, unschwer wird sich bey allen durch Anwendung nach dem gegebenen Winke die Pro-

*) Diese Gewißheit versteht sich nur im Untersatze vom Mittelbegrif, und darf auf dem Ober- und Schlußsatz nicht ausgedehnt werden.

a) l. 24. D. de prob.

Probe machen lassen. Alles das also, was immer die Logik zur Gültigkeit der Schlüsse überhaupt fodert, ist auch Gesetz für die Vermuthungen, insoweit nicht die dabey vorkommende besondere Art zu schlüssen hievon eine Befreyung wird nachzuweisen haben. Um nicht unnöthig in jene Wisschaft auszuschweifen, will ich hier nicht en detail sprechen, und sogleich die Eigenheiten — die besondere Form bemerken, worinn sich der bey Vermuthung vorkommende Schluß von jener der Schlüsse überhaupt unterscheidet.

Der Untersatz im Schluße der Vermuthung, hat nichts besonders an sich, wie bey jedem andern in jeder Hinsicht richtigen Schluß wird der Mittelbegrif vom Subjekt des Urtheils um dessen Richtigkeit es sich frägt, als gewiß existirendes Prädikat ausgesagt. — Nur der Obersatz weicht von der Foderung einer allgemeinen Gültigkeit ab, — nicht allgemein, und nothwendig hängt da der Mittelbegrif mit dem Prädikat des in Frage stehenden Urtheils zusammen; — es haben Ausnahmen statt, erst noch unter irgend einer Bedingung würde der Zusammhang gewiß seyn, und daß diese nämliche Bedingung auch im Schlußsatze sich vorfinde, der Obersatz seine Blössen auch auf diesen fort verpflanze, ist wohl von selbst einleuchtend.

Eben diese Eigenheit aber ist es auch, welche die zweyte Foderung zum Begrife der Vermuthung erfüllt, sie ist —

§. 18.

II. Wahrscheinlichkeit des Schlusses.

Ausser dem Gebiethe der Unkenntniß liegt Vermuthung; (§. 8) die Würde einer vollen Erkenntniß kann sie doch nicht in Anspruch nehmen; (9) und da sie auch zween Graden ungewisser Kenntnisse der Zweifelhaftigkeit, und Unwahrscheinlichkeit fremd ist (§§. 10, 11, und 12.) so kann sie nur mehr der noch einzig unterschiedenen dritten Abstufung der Ungewißheit angehören.

Wahrscheinlichkeit ist das Merkmal, das zum Wesen einer Vermuthung erfodert wird, — die Mehrheit der Gründe muß für etwas stehen, sey es dann Existenz, oder Nichtexistenz einer Thatsache, um diese, oder jene vermuthen zu können. Darinn besteht der spezifische Unterschied einer Vermuthung von einem Schlusse überhaupt; — Wahrscheinlichkeit giebt dem Schlusse bey einer Vermuthung seine sonderheitliche Form.

Treffend scheint dieß der Römer mit praesumere zu bezeichnen. Unvernunft wäre es, lieber in zielloser Unthätigkeit verderben zu wollen,

als

als sich durch Mehrheit von Gründen — durch Wahrscheinlichkeit bestimmen zu lassen; der zur Wirksamkeit gespornte Mensch nimmt demnach das wahrscheinliche gleichsam zum vorhinein an, um provisorisch darnach seine Thätigkeit zu bestimmen, daß ist, sie auf möglich beste Weise auch noch für das Gegentheil auf den Fall bestimmbar zu erhalten, wenn im Verfolg das, was jetzt unwahrscheinlich ist, etwa noch gewiß werden sollte.

Den Komentar hiefür schreibt eine zweyte Bedeutung des Worts; praesumere drückt dem Lateiner das Deutsche wagen, sich unterstehen aus, — etwas unternehmen auch mit Gefahr eines dem Zwecke widerstreitenden Erfolges, weil man denn doch wahrscheinlicher durchzusetzen glaubt.

Auch die Gesetze, die hierinn auf die Natur der Sache als ihre Basis berechnet sind, sprechen unsrer Behauptung selbst ausdrücklich a) das Wort. Nicht minder redend ist der Geist der Gesetze; wäge man in vielen Fällen, wo sie Vermuthungen aufstellen, Gründe, und Gegengründe gehörig gegen einander ab, Wahrscheinlichkeit wird sich als die Richtschnur herauswerfen, die der Gesetzgeber bey Bestimmung der Vermuthungen nicht aus dem Auge verlohr; besonders ist dieß der Fall, wenn er Festsetzungen macht, und nicht davon abzu-

a) Einige wenige als Beyspiele l. 23. proœ. D. quod met. caa. l. 57. in fine D. de jure dot. --- l. 6. D. de cond. caa. dat. caa. n. secut. et lib. II. tit. 23. C. 10 X. de praesumt.

zugehen versichert, bis aus überwiegenden Gründen das Gegentheil dargethan werden kann a); Und, wenn auch die Rechtsgelehrten sich es verworren denken mochten, den Satz verkannten sie nicht, daß Wahrscheinlichkeit den Zustand der Vermuthung im Gemüthe bewirke.

Von den Kasuisten nichts zu sagen; — läßt Böhmer Vermuthungen aus Thatsachen entstehen b), wie selbe gemeiniglich sich zutragen, ob sie gleich bisweilen, aber seltner nicht eintrefen mögen; (quamvis aliquando, sed rarius fallat). So unbestimmt auch dieß im Ganzen ist, eben so unverkennbar hat er sich doch dadurch für die Mehrheit der Gründe erklärt, — Vermuthung auf Wahrscheinlichkeit zurückgeführt.

Und wenn Hellfeld und Grolmann c) schon im Begrife ausdrücklich der Wahrschainlichkeit erwähnen, so läßt sich wohl nicht bezweifeln, daß selbe auch von ihnen als Bedingung zur Vermuthung anerkannt wird.

§. 19.

Natur wahrscheinlicher Schlüsse.

Die Natur der wahrscheinlichen Schlüsse muß hier in genaue Erwägung gezohen werden, die Auf-

---

a) ll. 15, 23, et 25 D. de probat.
b) Cit. exercit. c. I. §. 3.
c) Theorie des gem. gbrtl. Befach. §. 90.

Aufschlüsse dieser Erwägung dürften in der Folge, wo wir es mit Bestimmung der Wirkungen zu thun haben, von ganz besonderer Wichtigkeit seyn.

Der Obersatz muß bey einem Schlusse, und nach einer nothwendigen Folge hievon, auch der Schlußsatz nicht mit allgemeiner Giltigkeit behauptet werden können, (§. 17.) oder was eines, und dasselbe sagt, der Grund, aus dem irgend eine Thatsache erkennt werden soll, darf nicht nothwendig mit dem zu begründenden Zusammenhängen, Ausnahmen muß davon noch statt gegeben werden, — Fälle müßen sich denken laßen, welche, wenn sie einträfen, den Schluß zum Trugschluße machten.

Ausnahme ist immer Bedingung von der Gültigkeit der Regel, diese behauptet nur dann ihre Wirksamkeit, wenn jene sich nicht vorfindet. Mit Anwendung auf Vermuthung fließt hieraus das Resultat, daß der Grund, aus dem etwas wahrscheinlich erkennt — vermuthet wird, mit seinem begründeten dem vermutheten, erst unter Bedingungen gewiß gültig zusammenhänge, so daß ihr Zusammenhang erst nothwendig, und gewiß wird, wenn gewisse Thatsachen existiren, oder nicht existiren. — Im erstern Fall, wo die Bedingungen so beschaffen sind, daß erst noch irgend eine Thatsache gesetzt werden muß, kann man sie positive Bedingungen heissen, — der Zusammenhang des vermutheten mit seinem Grunde ist

positiv bedingt; — Negativ bedingt im Gegentheil, weñ die Existenz gewisser Thatsachen nicht gesetzt werden darf. Ein klassischer Zeuge sagt die Thatsache A aus; A wird vermuthet: — gewiß würde sie seyn, wenn noch gemäß den Foderungen der Gesetze ein gleichförmiges Zeugniß hinzukäme; dieses muß noch gesetzt werden, und die positive Bedingung, unter der die Aussage des einen zur Gewißheit wird, ist purifizirt. Zeugungsfähigkeit des Gatten wird vermuthet, — man ist derselben gewiß, wenn nicht Naturkausalitäten gegeben werden, — negative Bedingungen eintreten, die eine Unfähigkeit begründen. Diese Beyspiele zeigen die Anwendung des gegebenen Unterschiedes der Bedingungen, daß er von vielsagender Bedeutung sey, soll bey den Wirkungen gelehrt werden. Zugleich wird man aber auch daraus über die Darstellung von Tevenar a), und Grolman b), die sich Vermuthung als Interimsgewißheit denken, urtheilen können; der Zusammenhang des vermutheten mit seinem Grunde ist bedingt, — es ist noch ungewiß, ob sie zusammenhängen; wie kann etwas ungewisses je Gewißheit heissen? — so wenig das bedingte unbedingt, so wenig ist Vermuthung Gewißheit; — werden kann sie es, wenn die Bedingungen des Zusammhangs zwischen Vermuthungsgrund, und dem ver-

a) Theorie der Beweise im Zivilprozeß. Magdeburg, und Leipzig 1780. 8. I. Abschn. II. Kap. S. 27.
b) Theorie des g. gbrtl. Verf. §. 90.

vermutheten purifizirt sind, — der Zusammenhang unbedingt wird, aber sie ist es nicht; daher möchte ich sie nicht einmal bedingte Gewißheit nennen, ein Prädikat, gegen welches auf jeden Fall das Interim, welches zunächst auf Zeitbeschränkung hindeutet, ausgewechselt werden dürfte.

Ich wiederhole nunmehr das Resultat unsrer Untersuchung, daß der Schluß bey einer Vermuthung wahrscheinlich sey, und gehe an die Beschränkung, die in Ansehung unsrer Erfahrungsobjekte, im Gebieth, worin unsre Aufgabe gelegen, nothwendig ist.

§. 20.

III. Wahrscheinlichkeit ist im juristischen Sinne zu nehmen.

Die positive Rechtslehre hat in Ansehung der Gegenstände der Erfahrung nur eine für den Juristen gültige — juristische Gewißheit aufzuweisen, (§. 3.) begreiflich ist es, daß ein in der Erkenntniß des Rechtsgelehrten noch tiefer stehender Grad, — die Wahrscheinlichkeit ebenfalls nicht mit Hinsicht auf mathematische Gewißheit berechnet werden därfe; diese im Auge würde er für die Existenz bestimmter Fälle überall keine Gewißheit mehr finden; alle seine Beweise, welche vollständige Ueberzeugung ihm schaffen, wären sie

mehr, als höchstens Wahrscheinlichkeiten? die gegebene Beschränkung ist also schon deßwegen nöthig, daß man vollständige Beweise nicht mit Vermuthung verwechsle. — Juristisch bloß möglich *) muß sich das Gegentheil nur noch denken lassen, nicht bloß möglich überhaupt, welches zur Wahrscheinlichkeit im allgemeinen wesentlich erfodert wird; was daher immer rechtlich nothwendig gedacht werden muß, schließt den Begrif von Vermuthung aus, und ist juristisch gewiß.

Und, wenn es bey einer Vermuthung, die da Gewißheit werden soll, nothwendiges Erfoderniß ist, daß die Bedingung, unter der sie auf diese Wirkung Anspruch machen kann, zuvor in Erfüllung gehe, so ist mit dem Satz, Vermuthung ist juristisch wahrscheinlicher Schluß, auch schon der ausgesprochen, daß die Bedingungen nur mit juristischer Gewißheit hergestellt zu werden brauchen, um den wahrscheinlichen Schluß zum rechtlich nothwendigen zu machen, so, daß das Gegentheil, welches bey hangender Bedingung, sich juristisch noch bloß möglich denken ließ, nunmehr, da selbe zur Existenz kömt, für den Juristen ganz undenkbar werde.

Vermnthung ist folglich juristisch wahrscheinlicher Schluß

§. 21.

*) bloß möglich sage ich, weil auch beym unwahrscheinlichen Schlusse das Gegentheil noch schlechthin möglich gedacht werden kann.

§. 21.

IV. Von der Existenz einer Thatsache: V. Zur Existenz einer andern. — Verthungsgrund, und Vermuthetes.

Keine Kenntniß ist denkbar ohne Kenntnißgrund — ohne etwas, dessen man sich gewiß bewußt ist, und womit das zu erkennende in Verbindung steht; blosses Produkt der Phantasie wäre der Schluß, der nirgends eine feste Grundlage hätte, nirgends von einem fixirten Punkt ausgieng, wodurch das Gefolgerte (die Consequenz) Haltung bekäme.

Schluß ist Verbindung zweyer Urtheile; — ich wiederholle hier mein gegebenes Beyspiel: der Gläubiger A hat den Schuldschein durchstrichen, er wird sohin für bezahlt gehalten. — Das Urtheil, A wird für bezahlt gehalten, ist an sich grundlos; — aus was will man auch abnehmen, daß das Prädikat vom Subjekt richtig ausgesagt werde? die Richtigkeit des Urtheils muß sonst wodurch begründet werden; nun stellen die Gesetze den Satz auf a), wer den Schuldschein durchstreicht, wird für bezahlt gehalten; würde nun dieses zweyte Urtheil in Beziehung auf den Gläubiger A mit Gewißheit behauptet werden können, so würde auch das erste, daß er bezahlt worden

a) l. cit. 24. de prob.

sey, seine Richtigkeit haben, und es würde von der Existenz des Schuldscheindurchstreichens auf das Daseyn geschehener Bezahlung geschlossen, — von der Existenz einer Thatsache auf jene einer andern. Jene ist der Grund, aus welchem diese gefolgert wird, sie ist mit Anwendung auf Vermuthung der Vermuthungsgrund, und die daraus gefolgerte Thatsache, daß Vermuthete. Kein vermuthetes demnach ohne Vermuthungsgrund *), und nur wundern kann man sich, wenn man bey Tevenar liest a), daß es bey Vermuthungen keiner Gründe bedärfe und Consequenz vermißt man, wenn man eben ihn ein paar Zeilen vorher sagen hört: „ die Vordersätze der Vermuthungen gründen sich auf die gewöhnlichen Eigenschaften, u. s. w. Immerhin fühlt auch Vermuthung das Bedürfniß irgend eines Grundes, wie jeder andere Schluß, und frägt es sich um dessen Gewißheit, und Existenz, so können wir ganz keinen Unterschied zwischen einem Schlusse überhaupt, und einer Vermuthung ab-

---

*) Im Vorbeygehen will ich hier bemerken, daß diesen Vermuthungsgrund die Lehrer des peinlichen Rechtes vorzüglich, Anzeige (indicium) heissen, und ich halte dieß für den einzig richtigen Gesichtspunkt, woraus der Unterschied zwischen Anzeige und Vermuthung ins Auge gefaßt werden muß; um nicht mit Tevenar (S. 27) zu irren. der mit vielen andern die ganze Frage für abgethan hält, wenn er jener ausschliessend im peinlichen, dieser im bürgerlichen Recht ihre Stelle anweist. — Der Unterschied ist einfach dieser, — Anzeige verhält sich zur Vermuthung, wie Prämisse zum Schluß.

a) Theor. d. Bew. im Zivilproz. I. Absch. II. K. S. 27.

absehen; bey dieser, wie bey jenem muß er die Gewißheit haben, welche die Wissenschaft, worin er statt findet; erfodert; der Rechtsgelehrte verlangt mit allem Rechte vom Grund, worauf sich Vermuthung stützt, und dem Mittelbegrife im vollen künstlichen Beweise eine und dieselbe juristische Gewißheit; so wird es, — um auf unser Beyspiel zurückzublicken, juristisch keinen Zweifel unterworfen seyn dürfen, daß der Gläubiger A den Schuldschein wirklich durchstrich, und da in einem Schlusse in seiner Vollkommenheit gedacht die Existenz des Mittelbegrifes im Untersatze asserirt wird, so läßt sich obiger Satz auch gleichbedeutend so ausdrücken; der Untersatz, muß, wie beym Schlusse jeder Art, auch bey Vermuthungen, die nöthige Gewißheit haben. Bey einem ungewissen Grunde läßt sich schon nicht mit Gewißheit sagen, ob sich überhaupt etwas daraus folgern lasse, wohl aber bey Vermuthung; daß sich etwas folgern lasse, ist hier ausgemacht, etwas wird immer daraus abgeleitet, — die Existenz, oder Nichtexistenz einer Thatsache, nur die Art der Ableitung unterscheidet die Vermuthung von dem in jeder Hinsicht stringenten Schluß. (§§. 17. u. 18.)

§. 21

§. 22.

Vermuthungsgrund, und Vermuthetes, — beyde sind Thatsachen.

Daß aber der Vermuthungsgrund sowohl, als das Vermuthete Gegenstand der Erfahrung, Thatsache sey; dieses bezweifeln hiesse wohl eben soviel als aus der Sphäre exorbitiren wollen, in der wir uns befinden, ich verweiße hierüber nur auf die ersten Paragraphen der Einleitung, worin ich es, wie ich glaube, dargethan habe, daß die Existenz, und Bestimmungen eines unter die Gesetze zu subsumirenden Falles mit den Gründen ihrer Erkenntniß nur Thatsachen seyn können, und hätte Tevenar nicht Worte geliebt, er würde in dem einfachen Satze, Vermuthungen gründen sich auf Thatsachen alles gefaßt haben, was er so ausgebreitet sagt a): Vermuthungen gründen sich in Eigenschaften, Verhältnissen, Wirkungen und Folgen, und in Umständen, ꝛc. — Alles dieses muß doch wohl durch Erfahrung gegeben werden, muß geschehen, also Thatsache seyn. Es ist auch begreiflich, daß man ein Erfahrungsobjekt, wenn es sich um seine Existenz fragt, nicht ausser der Erfahrung begründen kann, Kenntniß von etwas existirenden ist nur durch die Sinne — durch Empfindung, bloß wieder im Kreise der Erfahrung möglich.

§. 23.

a) Th. d. Bew. ꝛc. a. a. O.

§. 23.

Genetische Bemerkungen über die Vermuthungen.

Alles, was immer geschehen mag, — die Erfahrungswelt — ist durch nothwendige Gesetze an einander gereihet; jede Veränderung, welche da vorgeht, dankt ihr Daseyn der Wirksamkeit irgend eines andern vorhinbestehenden — irgend einem Grunde — Wie Grund, und Begründetes hängt alles zusammen. Stättes werden, nie ein seyn wäre denkbar, wenn der Grund immerhin unbedingt wirkte, — der Zusammenhang alles existirenden ist auch, wie Bedingung, und bedingtes. — Eine Stallfeder wird zusammengedrückt, sie nimmt ihre vorige Lage wieder an, der Grund dieser Restitution ist die elastische Kraft der Feder, bedingt ist dessen Wirksamkeit durch den Druck. — Existirt der Grund vereint mit den Bedingungen seiner Wirksamkeit — die Ursache, so existirt auch das dadurch gegebene — Die Wirkung; und dieß nothwendig, so lange man die Sache im allgemeinen (in abstracto) sich denkt, und keine Anwendung von bestimmten Ursachen auf bestimmte Wirkungen in Concreto macht; hier sind der Wirkungen, und Ursachen unendliche, dabey bilden sie nicht eine gerade Linie, so, daß immer eine Wirkung aus der andern unmittelbar gezeugt würde, und alle zusammen nur eine Stammur-

sache

sache hätten, auch kein Aggregat solcher Linien bilden sie. — Wäre dieses, man würde von einer gegebenen Ursache nothwendig immer auf ihre Wirkung, und so umgekehrt schliessen müssen, und wahrscheinlicher Schluß befände sich ausser dem Reiche der Möglichkeit. So aber durchkreuzen sie sich auf die manichfaltigste Weise, sie theilen sich in Seitenlinien, welche wieder ins unendliche fort sich durchschlingen, und so ein nie vollkommen begreifliches Ganze bilden, worin jeder Punkt mit sehr vielen andern in Berührung kömmt, welche auf ihn einwirken, — an ihm Veränderungen hervorbringen können; und nur daraus ist es erklärbar, daß man nicht allzeit von einer gegebenen Ursache auf eine bestimmte Wirkung, und umgekehrt, mit voller Gewißheit schliessen kann, indem uns das nothwendige Bewußtseyn, daß auch noch andere bestimmte Thatsachen Erklärungsgründe abgeben können, nicht verläßt, — ein Umstand, der die Bedingung jeder vollen Ueberzeugung ist,

§. 24.

Fortsetzung.

Bey allem dem wird es doch nicht fehlen, bey jeder individuellen, existenten Wirkung, ihre möglichen Ursachen summiren zu können (und daß dieß auch umgekehrt gelte, sey noch ein für allemal erinnert), und dadurch ist die Aufgabe, welche Ursache nun eigentlich mit der existenten

Wir-

Wirkung in der That zusammenhänge zwar nicht gelößt, aber doch der Auflösung näher gebracht, — berichtiget.

Die möglichen Ursachen alle stehen zu einander im Verhältniß einer ausschliessenden Wechselbestimmung, nimmt man eine für die wirkliche an, so sind eben dadurch alle übrige ausgeschlossen — alle übrige wirken ihr entgegen; und bishieher sind noch alle gleich ungewiß. Aber eine genauere Analisis der Merkmale der Wirkungen sowohl, als jener der möglichen Ursachen, liefert doch sicher auch Gründe, welche die Wirkung der einen Ursache näher, als der andern bringen. Man zähle die Gründe, welche jeder der möglichen Ursachen entgegen wirkend sich vorfinden, vergleiche die gefundenen Zahlen zu einander, jene dann, welche die wenigsten Gegengründe für sich hat, ist wahrscheinlicher Weise auch die wirkliche. Man wende mir nicht ein, daß ich hiebey nicht auf die Qualität der Gründe, — ihre Intension Rücksicht nehme; die Sache läuft auf den nämlichen Gesichtspunkt hinaus; jener Grund ist schwächer, der die mehrern Gegengründe, — stärker aber, der die wenigern zählt; oder wornach bemißt man wohl sonst die Intension der Gründe? — einen andern Maaßstab kann ich nicht, wohl aber soviel finden, daß qualitative Größe hier kein eigenes Problem bild, sondern durch einen und den nämlichen Kalkul zugleich mit der quantitativen gelößt werde.

Es würde mich zu weit führen, wenn ich diese Grundsätze auf Beyspiele anwenden wollte, bin mir aber gewiß, — nicht nur, daß sie anwendbar sind, sondern auch, daß sie angewendet werden müssen, wenn man nicht von mehrern möglichen das eine willkürlich für wahrscheinlich annehmen, — vermuthen will. a)

II. Abschnitt.

Antithesis, — Unterschied der Vermuthungen, von andern ihr nahe kommenden rechtlichen Geschäften.

§. 25.

Eingang.

Die Merkmale des Begrifes sind alle hiedurch aufgezählt, und hinlänglich wie ich glaube, erläutert. Warnung vor Verirrung, und Gewinn an Bestimmtheit sind die bedeutenden Vortheile, die es allerdings der Mühe lohnen, die Gränzen zwischen Vermuthung, und andern rechtlichen Geschäften, welche ihrem Gebiethe nahe liegen, abzustecken; — auf die Thesis folgt nach dem Gange des Systems nun die Antithesis; — sie enthält folgende Aufgaben

I.

a) Vgl. Feuerbach ꝛc. a. a. O.

I. Wie unterscheidet Beweis sich vom Vermuthung?

II. Kann die sogenannte Praesumtio juris, et de jure unter die Vermuthungen gezählt werden?

III. Ist Fictio gleichbedeutend mit Vermuthung?

IV. In wieweit ist Auslegung und Analogie davon verschieden?

§. 26.

I. Wie unterscheidet Beweiß sich von Vermuthung? — a) wie der eigentliche Beweiß?

Beweisen heißt dem Juristen im Allgemeinen, Gründe zur Erkenntniß der Wahrheit einer bestrittenen Thatsache angeben. (§ 2.) So lange also die Aufgabe des Richters bey Entscheidung eines streitigen Rechtfalls diese ist, Gründe zu erfahren, woraus er seine Ueberzeugung für die Existenz, und Bestimmungen des konkreten Falles schöpfen kann, ist er nach dem Geiste des gemeinen Prozesses, worin die Maxime der Verhandlung die Regel macht, schon gar nicht zunächst, handelndes Subjekt, nicht selbst lößt er sich die Aufgabe, — er läßt sich selbe lösen, — hängt von dem Anbringen der Partheyen ab, und kein Schluß des Richters, — keine Vermuthung ist denkbar; die Partheyen handeln,

deln, sie bringen die Kenntnißgründe vor — beweisen. Und dieß ist der Fall bey jeder denkbaren Art vom Beweise; — nur noch mit folgenden Unterschied. — Die Parthey trägt den Streitgegenstand als das Objekt, und die Tendenz des aufgefoderten Staatsschutzes vor, dieser ist so beschaffen, daß der Kenntnißgrund für seine Wahrheit schon mit in ihm liegt, — daß er sich aus sich selbst bewähret. Wollte man hier eigentlich reden, angemessen dem wahren Begrif vom Beweise, man müßte sagen, die Parthey hat den Streitgegenstand, schon durch seine Angabe bewiesen. Aber hier entfernt sich der Rechtsgelehrte vom wahren Sinne; die Reflexion vielmehr, welche der Richter über so ein Streitobjekt, und die darüber gepflogenen ersten Verhandlungen pflegt, und wodurch er sich der Wahrheit desselben bewußt wird, — die Erhebung des geführten Beweises zum Bewußtseyn, nennt er wegen unmittelbarer Beziehung auf Erkenntniß des Richters Beweis, und behält dagegen nur in dem Falle die wahre Bedeutung vom Beweise bey, wenn die Partheyen die Streitsache in Ansehung der Erkenntniß ihres Daseyns durch neues faktisches Vorbringen zu begründen suchen a), und dieß ist dann eigentlicher Beweis, im Gegensatz mit obigen, dem das Prädikat uneigentlich mit allem Rechte gebührt.

Alles

a) Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. Erlangen 1801. 8. Erster Band. XIII. Abhandlung §. XVIII. und XIX.

Alles demnach, was auf die Natur des Beweises in eigentlicher Bedeutung berechnet ist, hat auf die Vermuthungen, welche, wie Schlüsse überhaupt Kenntnißgründe — Prämissen als gegeben voraussetzet, und Resultat der darüber anzustellenden richterlichen Reflexion ist, keine Anwendung. Wenn bey jenem der Richter überhaupt schon nicht positiv thätig seyn a), nicht von Amtswegen verfahren darf, bloß vom Vorbringen der Partheyen abhängt b); — wenn der Ungehorsam der Partheyen als Rechtsverzicht erklärendes Faktum angesehen, und daher die Zeit Beschränkung für ihre Handlungen (der Beweis-Termin) ihnen so wichtiges psychologisches Zwanggesetz wird c), so wird sich im Gegentheile von allem dem auf Vermuthungen nichts übertragen lassen; sie setzen einen Kenntnißgrund als gegeben voraus, gleich viel dann, ob er durch ein neues Vorbringen (in der Regel nach ergangenen Beweiß interlokut) oder schon durch die ersten Verhandlungen dieß sey, — der Beweiß ist dabey eigentlich schon geführt, der reflektirende Richter erhebt ihn nur zum Bewußtseyn; — Schlüsse, Vermuthungen sind immer

nur

---

a) Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 125.

b) Gönner Handbuch I. Band. XI. Abhandl. überhaupt, und besonders §. III. und IV.

c) Absoluter Zwang zur Rechtsvertheidigung ist Unding. — Vergl. Gönner Handbuch des d. g. Proz. I. Band. XII. Abh. §. IV. und überhaupt die ganze XVIII. Abh.

nur Sache der Reflexion, und die Scheidewand, die zwischen der Verhandlung und der Reflexion überhaupt vorwaltet ist auch die Gränzlinie zwischen Vermuthung und eigentlichen Beweise.

§. 27.

b) Unterschied vom uneigentlichen Beweise.

Aber eben dadurch ist es begreiflich, daß die Linien der Vermuthung als Objekte der richterlichen Reflexion mit jenem Beweise, wie man uneigentlich ihn heißt, der eben auch aus der Reflexion des Richters hervorgeht, und insbesondere mit dem gleichfalls durch Schlüsse erwachsenden künstlichen Beweise, viel enger zusammenlaufen, daß weit näher ihre Verwandschaft sey. Und zwar hier ist ursprünglich die Aufgabe eine, und dieselbe; es sind Kenntnißgründe durch Verhandlung bereits gegeben, nur führen sie noch nicht unmittelbar auf juristische Gewißheit der problematischen Thatsache, daraus will der Richter vermittels eigener Thätigkeit, entweder durch Anschauung bey durch die Sinne erkennbaren Merkmalen einer streitigen Sache — durch Augenschein mit, oder ohne Zuziehung von Kunstverständigen, oder durch Schlüsse sich Ueberzeugung von den Streitpunkten verschafen, um dadurch zu einem vollgültigen Bestimmungsgrund zur Entscheidung seines Rechtsstreites zu gelangen. — Dieses ist die Tendenz, welche die Wirksamkeit sowohl des

ver-

vermuthenden, als überhaupt des reflektirenden Richters bey jeder Art vom uneigentlichen Beweise nimmt. Nur in der Folge, wenn die Auflösung dieser Aufgabe bereits so weit gediehen ist, daß man einsieht, durch irgend einen Schluß gewinne man kein juristisch unbedingtes Resultat, — er reiche nur zu einer Vermuthung hin, wird hier die Aufgabe eine andere, der Zweck des Richters nimmt nun zunächst die Richtung, einen Bestimmungsgrund zu einer präliminar Verfügung zu überkommen, wodurch die Bedingungen des wahrscheinlichen Schlusses purifizirt, und sohin der Schluß selbst unbedingt werden kann; erst nach dieser Purifikation läuft die Auflösung mit jener des vollen (den ich hier immer meinem Zwecke zufolge verstehe) uneigentlichen Beweises, insonderheit des künstlichen wieder zusammen, aber hier ist auch der wahrscheinliche Schluß nicht wahrscheinlich — die Vermuthung keine Vermuthung mehr; so lange sie diese war, blieb es immer noch Problem, ob auch die Thatsache mit vorgebrachten Bestimmungen wirklich existire; die Hauptaufgabe des Richters einen gültigen faktischen Grund der Entscheidung zu bekommen, wird durch Vermuthung nicht, wie durch uneigentlichen Beweiß gelöst, sie wird nur der Auflösung näher gebracht, — berichtiget; es müssen noch sonst woher bekannte Größen gegeben werden, wodurch sich das noch immer unbekannte X, was da juristisch gewiß sey, finden läßt. Welche diese bekannten Größen seyen, wird unten bey Bestimmung der Wirkungen der

Ver-

Vermuthungen nach der Qualität der Bedingungen, unter welchen sie zu juristischen Gewißheiten werden, sich zeigen, hier liegt es ausser der Sphäre. Nur wird noch das Verhältniß der Vermuthungen zum unvollständigen Beweise eine Reflexion verdienen.

§. 28.

c) Verhältniß der Vermuthung zum unvollständigen Beweise.

So recht in der Mitte spalteten die Rechtsgelehrten den vollständigen Beweis, und glaubten an der Hälfte desselben (dem halben Beweis) den bequemsten Maaßstab gefunden zu haben, die übrigen Grade der Beweise zu bemessen, — mehr, und weniger, als halber Beweis waren so gang, und gäbe.

Grolmann fand diese Eintheilung, und Ansicht der Sache aus sehr einleuchtenden Gründen praktisch unrichtig a), er stellte das Ganze unter den richtigern Gesichtspunkt, daß die Wahrscheinlichkeitsgründe, (auf die es beym unvollständigen Beweis immer ankommen muß) eine dringende, oder entfernte Vermuthung begründen. Wir wissen nun soviel, daß jeder unvollständige Beweiß nichts mehr und nichts weniger, als Vermuthung ist: doch nur insofern er als Entscheidungs-

a) Theor. d. g. gbrtl. Verf. §. 81. a.

dungsgrund für den Richter betrachtet wird; die Sache von einer andern Seite ins Auge gefaßt, mag man allerdings die Benennung Beweis beybehalten; man kann sich selbe von der Seite denken, daß die Wahrscheinlichkeitsgründe, die Gründe zur Vermuthung, von den Partheyen vorgebracht wurden, und sohin, da Kenntnißgründe angeben, beweisen im eigentlichen Sinne, heißt, dadurch auch eigentlich, obgleich unvollständig bewiesen ward. Aber sie müssen als Mittel zum Zweck betrachtet werden, jede andere Ansicht ist unwesentlich; und in dieser Beziehung gedacht, ist unvollständiger Beweiß, und Vermuthung ganz eines, und dasselbe, selbst den sogenannten halben Beweis nicht ausgenommen, der immer, bevor er dem Richter Bestimmungsg und zu irgend einer Verfügung werden kann, durch andere Umstände aus dem Zustand der Zweifelhaftigkeit in den der Vermuthung übersetzt werden muß, wenn nicht Stillstand in der Thätigkeit des Richters folgen soll. Beym mehr, oder weniger als halben Beweise ist es für sich klar, es müssen die mehrern Gründe für Existenz, oder für Nichtexistenz stehen, diese, oder jene muß wahrscheinlich seyn -- vermuthet werden. Nur glaube ich der Eintheilung Grolmanns in dringende, und entfernte Vermuthungen die Wendung geben zu müssen, daß ich dringend gegen Vermuthung für die Existenz und entfernt gegen solche für die Nichtexistenz auswechsle a). Grolmann

a) Th. d. g. gbrtl. B. §. 81. a.

mann fodert Wahrscheinlichkeit zur Vermuthung a), und ich finde es gegen die Treue zu diesem Grundsatz, eine dringende, und entfernte Vermuthung als Surrogat für den mehr oder weniger, als halben Beweiß aufzustellen, auch unter einem noch so beschränkenden Prädikate läßt sich etwas unwahrscheinliches nimmermehr vermuthen, (§. 12.) und dieß müßte doch der Fall seyn, wenn entfernte Vermuthung den minder als halbvollen Beweis ablösen soll, denn offenbar muß diesem die Mehrheit der Gründe — die Wahrscheinlichkeit entgegenstehen; und fällt einmal die entfernte Vermuthung, so kann auch schon vom Gegensatze der dringenden keine Rede mehr seyn, nur, wenn man die entfernte Vermuthung aus dem Kreise des unwahrscheinlichen über die Linie des Zweifels in das Gebieth der Wahrscheinlichkeit hinaufrückt, und mit ihrem Gegensatze in eine Sphäre versetzt, hat diese Eintheilung Bedeutung, und sie beyzubehalten rathet der Vortheil an, den sie uns unten bey der Lehre über Collision der Vermuthungen gewähren wird; doch hievon nur so im Vorbeygehen. — Ich wende mich zur zweyten Frage;

§. 29.

b) Ebendaselbst §. 90.

§. 29.

II. Kann die sogenannte praesumtio juris, et de jure unter die Vermuthungen gezählt werden.

Praesumto juris et de jure ist juristische Gewißheit, nicht Vermuthung.

Gewöhnlich baut man Vermuthungen (praesumtiones) und die sogenannte praesumtio juris et de jure auf einem, und dem nämlichen Felde an. — Die Kasuisten werfen ihre Fälle durch einander, ohne Unterschied, ob sie den einen, oder den andern angehören. Alziat fühlte doch schon die Inconsequenz, warf leztere ganz kurz aus seinem Plane hinaus a), und beschränkte sich auf Vermuthungen im eigentlichen Sinne. In der Folge vermißt man wieder Treue gegen diese Anlage; fast kein Absatz (praesumtio) seines Traktats ist von Beyspielen leer, daß er in seinem für Vermuthungen abgesteckten Bezirke auch Fälle der praesumtio juris et de jure wieder aufnimmt.

Ausdrücklich scheidet sie Böhmer aus b), stellt Describtionen von Beyden als die Punkte sich gegenüber, wovon aus die Gränzlinie zwischen ihnen sich sollte ziehen lassen; daß aber diese Punkte schwankend, und nicht scharf genug ange-

a) Tractat. de praesumt. p. II. Fol. 7 — 11.
b) Cit. Exercit. §. 6.

angegeben sind, wird jeder Leser mit mir bekennen müssen.

Ich glaube den Unterschied durch einfache Reflexion auf folgende Weise zu finden.

Wenn von Vermuthungen im eigentlichen Sinne die Rede, so muß man sich unter dem vermuthenden Subjekt nur nicht den Gesetzgeber allein denken. Der Gesetzgeber vermuthet gar oft, wo der Richter es nicht darf, wo er weiß. Wir sahen dieß, wo der Gesetzgeber an die Stelle mathematischer Gewißheit, in seinen Beweismitteln juristische Gewißheit Annahm — lauter Wahrscheinlichkeiten im Grunde; aber der Gesetzgeber hat sie zu Wahrheiten geprägt, und der Richter befindet sich nunmehr in der Lage, daß er beym nämlichen concreten Fall, den sich der Gesetzgeber in abstracto dachte, und der an sich nur wahrscheinlich ist, eine für seine Rechtsbestimmungen genügende Wissenschaft habe.

Die Rechtsgelehrten verlohren diesen Gesichtspunkt aus dem Auge, bezeichneten den wahrscheinlichen Schluß im Gesetze von der Existenz einer Thatsache zu der einer andern mit dem Namen praesumtio. — Dabey blieb man stehen, und vielleicht nur dem Namen zu gefallen a), ward die praesumtio juris et de jure in der Lehre

von

a) Böhmer Citat. Cxercit. C. 1. §. 6.

von Vermuthungen einheimisch; man hat es übersehen, daß die Gesetze, welche den an sich zwar wahrscheinlichen Schluß aufstellten, selben auch zur juristischen Gewißheit umschuffen, das, was an sich erst bedingter Kenntnißgrund ist, zum unbedingten machten a); hätte man sich nur den Richter als vermuthendes Subjekt gedacht, man würde wohl da nicht von Vermuthungen reden hören, wo er die Existenz einer Thatsache aus der einer andern als gesetzlich nothwendig hervorgehend erkennet, dagegen er in einer eigentlichen Vermuthung das vermuthete mit seinem Grunde nur im juristisch wahrscheinlichen Zusammenhange stehend aussagt; dort geht aus der Reflexion des Richters gleichsam voller künstlicher Beweiß hervor, welcher ihm unbedingten Bestimmungsgrund für die Festsetzung von Rechtsverhältnissen abgiebt; hier ist das Resultat allzeit noch Problem, noch müssen Bedingungen erfüllt werden, bis er einen gleichfalls unbedingten Grund zur Rechtsstreitsentscheidung überkömmt. So ist, um ein Beyspiel von praesumtio juris et de jure zu geben, der Richter vollkommen von relativer Beyschlafsunfähigkeit zweener Gatten überzeugt, wenn drey gegebene Probjahre (ad experiendas vires) fruchtlos hingiengen; er weiß es gewiß, daß relative Un=

a) gut erklärt dieß Alziat im Begrife, Praesumtio juris, et de jure est Dispositio legis aliquid praesumentis, et super praesumto tanquam sibi comperto statuentis p. II. Fol. 7.

Unfähigkeit vorwalte, und gründet sein Erkenntniß schlechthin darauf. Praesumtio juris et de jure ist demnach keine Vermuthung, sie ist gesetzliche Gewißheit.

§. 30.

Praesumtio juris et de jure läßt keinen Gegenbeweis zu, — wird berichtiget.

Als Folge des gegebenen Unterschiedes, nicht selbst eigentlich als Unterscheidungsmerkmal, wofür es gewöhnlich angegeben wird, ist zu bemerken, daß nicht so wie Vermuthung, auch die praesumtio juris et de jure einen Gegenbeweis zulasse; eine Behauptung, die so allgemein, als wahr ist, nur muß man sie nicht mißverstehen, und man wird mit Alziat nicht nothwendig finden einzelne Fälle als Ausnahmen von dieser Regel aufzuzählen a), die doch solche nicht sind.

Praesumtio juris et de jure ist keine eigentliche Vermuthung, wo der Zusammenhang zwischen der Existenz einer Thatsache, und jener einer andern immer nur bedingt ist, und zwar einmal (wie sich im zweyten Theile zeigen wird) nothwendig dadurch, daß kein Gegenbeweis geführt werden könne. Ein andersmal ist der Gegenbeweis zwar nicht nothwendig; — wer die Aussage eines klassischen Zeugen für sich hat, muß die Gewiß-

a) p. II. Fol. 7. & 8. Tractat. de praesumt.

wißheit der ausgesagten Thatsache durch den Erfüllungseid herstellen, und es ist eben nicht nöthig, daß kein Gegenbeweis geführt werden kann; aber auch hier ist Gegenbeweis zuläßig — erlaubt, auch hier mag der Gegentheil immer darthun; daß des juristisch wahrscheinlichen Zusam̄enhangs ungeachtet die ausgesagte Thatsache mit der Aussage nicht zusammenhänge.

Beyde Arten vom Gegenbeweis bey einer eigentlichen Vermuthung, gründen sich demnach, nothwendig die eine, zufällig die andere in der nur ihr eigenen Natur, — darin, daß der Zusammenhang zwischen dem gewissen Kenntnißgrund, und seinem begründeten in keiner, auch nicht gesetzlicher Hinsicht nothwendig ist, woher denn auch, selbst den Vermuthungsgrund als bestehend vorausgesetzt, doch noch nachgewisen werden kann, daß das daraus gefolgerte, — das Vermuthete nicht bestehe; Hingegen, wenn der Zusammenhang zwischen zweyen Thatsachen gesetzlich nothwendig erscheint, wie es bey praesumtio juris et de jure der Fall ist, da kann an einen Gegenbeweis in der Richtung, daß die begründete Thatsache auch mit bestehender Grundthatsache, nicht zusammenhänge, wohl kein Gedanke mehr seyn, und insoweit ist der Satz, daß die praesumtio juris et de jure keinen Gegenbeweis zulasse so sehr ohne Ausnahme wahr, daß eine Ausnahme denken, ihre Na-

tur

zur ändern, die praesumtio juris et de jure zur eigentlichen Vermuthung machen hiesse; aber auch nur insoweit.

Kommt der Vermuthungsgrund in Frage, die Thatsache, welche den Kenntnißgrund — die Prämisse zum Schluß der praesumtio juris et de jure abgiebt, und wollte man die nämliche Regel auch hier geltend machen, so wäre dieß großer Irrthum, dieser, wenn er nicht juristisch gewiß gegeben ist, macht als Thatsache einen Gegenstand des Beweises, und so wie gegen jeden Beweis immer Gegenbeweis zuläsig ist, so findet er auch in dieser Hinsicht gegen die Grundlage der praesumtio juris et de jure, — und unbestimmt ausgedrückt, gegen sie selbst statt. Der eines nakten Zusammenliegens mit einer nakten Ehefrau beschuldigte mag immer darthun, daß er sich der Handlung des Zusammenliegens nicht schuldig machte, aber ist er dieser einmal vollends überführt, als der Grundthatsache, so wird ihm gegen das dadurch gesetzlich nothwendig begründete a) daß er die Frau beschlaffen habe, kein Beweis mehr was fruchten. Und dieser bey praesumtio juris et de jure mögliche Gegenbeweis ist eben nicht ihr ausschliessendes Eigenthum, ganz das nämliche gilt auch von dem Grunde, auf dem eine Vermuthung im eigentlichen Sinne beruht.

§. 31.

a) C. 12. X. de praesumt.

§. 31.

Auch im Zwecke unterscheidet sich praesumtio juris et de jure von Vermuthung.

Wollen wir noch, um alles hier zu vereinen, wodurch Vermuthung, und praesumtio juris et de jure von einander abstehen, auf den Zweckbegrif des Gesetzgebers zurückgehen, so werden wir leicht gewahr, daß er bey letzterer gar nicht zunächst die Absicht hatte, dem Richter ein Mittel an die Hand zu geben, wie er sich über irgend einen streitigen Thatumstand vermittelst eines andern gewissen (obgleich nicht vollständig) überzeugen könne, eine Absicht, welche bey ersterer unverkennbar ist; vielmehr finden wir, daß er die gesetzlichen Folgen irgend einer Handlung bestimmen, die Handlung meist aus politischen Gründen durch diese Folgen bedingen wollte; diese Rechtsfolge Bestimmung drückte er dadurch aus, daß er die Handlung mit einer andern, die in den Gesetzen sammt ihren Folgen schon bekannt war, für gleichbedeutend, oder in Ansehung der Folgen gleich für sie selbst noch deßwegen annahm, weil übrigens beyde auch sonst im wahrscheinlichen Zusammenhang stehen; und daher wieder eine Quelle, woraus es erklärbar wird, daß man den Gesichtspunkt so leicht verrückte, den Zweck der Gesetze aus dem Auge verlohr, nur auf die Form sah, wie es selben erreichen wollte, und so Dinge unter Vermuthungen hineinschob, die schon im Zwecke ganz verschieden sind.

Zum Belege meiner Abstraktion zähle ich aus so vielen nur ein paar Beyspiele auf, worin dieser Geist sich nicht verkennen läßt. Wenn eine Mannsperson entblößt im nämlichen Bette mit einer nakten Frauensperson (si nudus cum nuda) zusammenliegend getroffen wird, so erläßt das geistliche Recht a) unbedingtes gleiches Erkenntniß, als wenn der Beyschlaf wirklich wäre verübet worden. Dieß geschah freylich wegen höchst wahrscheinlicher Verbindung dieser zwey Handlungen, aber der angegebene Zweck eine gewiß an sich schon nicht verdienstliche Handlung in ihren Wirkungen der so wahrscheinlich damit verbundenen gleichzusetzen liegt am Tage.

Justinian setzt die Geldaufnahme eines Soldaten, der noch in väterlicher Gewalt steht (militis filii famlias) auch zu andern, als militärischen Zwecken (causas castrenses) in ihren rechtlichen Folgen derjenigen gleich, die zu diesem Zwecke gemacht ward b), und so giebt es auch Beyspiele, wo auf ähnliche Art von den Gesetzen gewisse Handlungen mit dem Verzicht auf bestimmte Rechte in den Wirkungen für gleichbedeutend genommen werden c)

Hie-

a) loc. cit.

b) l. 7. §. 1. C. ad Sc. maced.

c) Cap. 30. X. de sponf. & C. 6. de condit, appof. -- l. 22. Cod. ad Sc. vell. l. 13. proaem. Cod. de arbit. tut.

Hiedurch hätten wir nun auch die zweyte Frage erlediget, und dadurch zum Theil auch schon den Faden gezohen, woran die Auflösung der dritten Frage geschlungen werden muß.

§. 32.

III. Ist Dichtung (Fictio) mit Vermuthung gleichbedeutend?

Genesis der Dichtung.

Nachdem der Römer bereits Rechtsverhältnisse festgesetzt hatte, fand er sich, besonders der Billigkeit liebende Prätor in der Lage: 1) einen und den andern Fall von diesen Verhältnissen der Billigkeit wegen auszunehmen, oder 2) noch sonst neue Bestimmungen zu machen. Er hieng streng an Formeln, meinte wohl auch nicht selten das bestehende Gesetz zu schonen, er nahm daher etwas selbst mit dem Bewußtseyn des Gegentheils für dem Gesetze gemäß an, was es an sich nicht war, — er fingirte.

ad 1) Der Fall, den die Billigkeit von einem bestehenden Gesetze auszunehmen geboth, sey einer, und derselbe mit einem andern, der nie unter dem Gesetze stand, oder

ad 2) das erst neue zu bestimmende Rechtsverhältniß, sey seiner Verschiedenheit un-

ungeachtet, das nämliche, welches in irgend einem andern Gesetze schon bestimmt war.

Daß die Fiktionen auf gegebene Gesichtspunkte hinauslaufen, mag statt eines Beweises durch vollständige Induktion, welche mir hier zweckwidrig, und selbst unmöglich wäre, nur ein Anfang zu selber bloß andeuten.

Der Römer hatte das Gesetz, daß Gefangenschaft den Verlurst des ersten Bürgerzustandes (Capitis Diminutionem maximam) wirke. Ein auch im gerechten Krieg gefangener stand unter diesem Gesetz, aber Foderung der Billigkeit war es, ihn das traurige Loos nicht fühlbar und schädlich zu machen. Nun waren zwey Fälle möglich, entweder starb er in der Gefangenschaft, oder er ward ihrer auf würdige Art los, für beyde Fälle sollten die rechtlichen Folgen der Gefangenschaft abgeschnitten werden, daher fingirt Kornel a), der in der Gefangenschaft verstorbene sey schon vor selber, noch im Genuße der Freyheit verschieden, und für den ersten Fall war geholfen. Für den zweyten both das jus postliminii seine Dienste an, man dichtete der losgekommene sey nie gefangen gewesen, und der Zweck war erreicht; gar leicht wird man diese Induktion weiter verfolgen durch die Dichtung, welche den freyn

---

a) l. 15. proaem. D. de usurp. & usucap.

freyen Bürger Roms zum Sklaven der Strafe (servum pœnae) umschuf, um ihn gegen die Freyheit römischer Bürger auch mit dem Tode strafen zu können. Ferner durch die Fiction, wodurch der redliche Besitzer mit gerechten Erwerbs-Titel ohne Erfüllung der hiezu erfoderlichen Zeit, die Sache doch verjährt zu haben angenommen wird, um wenigstens gegen den, der aus schwächern Rechtsgrund besitzt, als Eigenthümer ausnahmsweise auftreten zu können (actio publiciana).

Für die zweyte Rücksicht sind z. B. die Rechtsverhältnisse eines Hausvaters (Patriafamilias) bestimmt. — Ein in väterlicher Gewalt stehender Sohn (filiusfamilias) wird in Ansehung seiner Güter gesetzlich in patremfamilias verwandelt, um die nämlichen Rechte in Beziehung auf militärisches Sondergut (peculium militare) auch für ihn gelten zu machen.

Ferner lassen die Gesetze den unehlichgebohrnen unter gewissen Bedingungen ehlich gebohren, — den, welcher nicht in eine bestimmte Familie eingehört, in eben solche eingehören, — nehmen Legitimation, und Adoption auf, um die Rechte des ehlichgebohrnen auch dem unehlichen, diese des Familiengliedes auch dem nicht Familiengliede mitzutheilen. Doch der Beyspiele genug, vielleicht schon zu viele für meinen Zweck, ich gehe an die Sache.

§. 33.

§. 33.
Unterschied der Dichtung von Vermuthung.

Vor allem stelle ich den Begrif von Dichtung auf, um durch Entgegensetzung mit jenem von Vermuthung den Unterschied zu finden. Sie ist gesetzliche Annahme einer unwahren Thatsache statt einer wahren, um die Rechtsverhältnisse von jener auch auf diese zu übertragen; ich unterschreibe demnach größtentheils die Bestimmung, welche Zahn davon giebt a), nur möchte ich mit ihm den Zweck nicht darein versetzen, auf daß hieraus gesetzmäßige, und der Billigkeit entsprechende Wirkungen entstehen; dieser Zweck ist zu allgemein, gesetzmäßige Wirkungen muß doch wohl jede andere gesetzliche Verfügung auch haben, und die Beschränkung die er noch beysetzt, daß sie auch der Billigkeit gemäß seyen, mochte wohl Bestimmungsgrund für den Gesetzgeber seyn; und in dieser Hinsicht ist es eine dem Rechtshistoriographen nicht unwichtige Bemerkung, aber in den Begrif gehört sie nicht; der Rechtsgelehrte muß sich die Dichtung auch bestehend denken, wenn wirklich der Gesetzgeber die Billigkeit aus dem Auge verlohren haben soll. — Doch nun ohne weiters den Unterschied.

1)

a) Dissertatio in auguralis juridica de fictionibus juris praeside christiano Gmelin -- Tubingae. 1787. §. 3.

1) Fiction ist Annahme, Verfügung der Gesetze, sie besteht in dem einfachen Urtheil, die Thatsache A ist rechtlich identisch mit der Thatsache B. — Vermuthung ist Schluß, Sache der nach Einheit strebenden Vernunft, und nicht Function des blos bestimmenden Verstandes, wie jene sie ist.

2) Vermuthung ist wahrscheinlicher Schluß, sie liefert bedingtes Resultat; jeder mögliche Gegenbeweis, unbeschadet des Grundes, von dem sie ausgeht, ist denkbar; — Jenes Urtheil ist unbedingt, und kein Beweis, daß A nicht identisch mit B sey, ist rechtlich mehr möglich.

3) Thatsachen sind das Objekt von beyden, nur, daß bey Vermuthung eine problematische Thatsache aus einer gewissen wahrscheinlich gefolgert wird, bey der Fiktion dagegen keine als Problem, beyde als gewiß gedacht, und rechtlich für eine und dieselbe gehalten werden, ohne daß sie eben in einer Beziehung aufeinander, vielweniger in einem wahrscheinlichen Zusamenhang stünden; (worin besonders die einzige Scheidewand zwischen Vermuthung, und der prsesumtio juris et de jure besteht).

4. Vermuthung liefert dem Richter die Existenz des bestimmten Falles, den er unter die Gesetze zu subsummiren hat, bezieyt sich auf die Materie seines Rechte bestimmenden Urtheils; —

ver-

verschieden verhält es sich bey der Dichtung, die Materie ist hier mit voller Gewißheit gegeben, — es muß ausgemacht seyn, daß der freye Römer in der Gefangeschaft verstarb; die rechtliche Form, worunter die Materie subsummirt werden muß, wird durch sie mittelbar dadurch bestimmt, daß selbe von der unwahren Thatsache, wovon sie bereits gesetzlich bekannt ist, durch ihre Gleichsetzung mit der wahren, auf diese übertragen wird, — der in Gefangenschaft verstorbene freye Römer wird vor selber verschieden gesetzlich angenommen, also hat die Capitis Deminutio maxima auf ihn keine Anwendung.

§. 34.

Fortsetzung. — Der Satz, auch etwas unmögliches läßt sich fingiren, wird geprüft.

Noch einen Unterschied würde das abgeben, wenn man mit Zahn a), und andern behaupten wollte, daß man auch etwas unmögliches fingiren könne; allein unter dieser Behauptung kann ich mir nichts bestimmtes denken, so wie ich mich auch zu dem Glauben bekenne, daß die Verfechter dieser Meynung sowohl, als der gegentheiligen dieses nicht thaten, mir scheint ein Mißverständniß vorzuwalten, und eine Vereinigung der streitenden möglich zu seyn.

Zwey

a) Cit. Dissertat. §. 3.

Zwey Thatsachen kommen bey Dichtung vor, eine, welche Objektivität hat — eine wahre, und eine blos eingebildete, unwahre, und dann der Verband von beyden, die Annahme der Gesetze, daß die wahre rechtlich identisch mit der unwahren sey. Was von allem dem einzeln betrachtet ist unmöglich? — doch die wahre Thatsache nicht? — die unwahre wohl wieder nicht? oder ist es die gesetzliche Annahme ihrer rechtlichen Identität? — nirgends kann ich eine Unmöglichkeit absehen, die Gesetze können doch wohl für verschiedene Thatsachen gleiche rechtliche Folgen bestimmen?

Ich betrachte die Sache im Verband, und da finde ich, daß es an sich unmöglich ist, daß A nicht A, sondern B sey; — wer in der Gefangenschaft stirbt, — ausserehlich gebohren wird, kann unmöglich ausser der Gefangenschaft gestorben, — ehlich gebohren seyn, und insofern mag man allerdings sagen, die Dichtung stelle etwas unmögliches auf, aber in diesem Sinne gült es auch unbeschränkt von jeder Fiktion, und ganz überflüssig ist sonach die Frage, ob man etwas unmögliches fingiren könne? — sie ist pure Tautologie. Aber auch diese Unmöglichkeit gült nur von beyden Thatsachen an sich; beschränkt man ihre behauptete Identität (wie geschah) durch den Beysatz rechtlich, so haben wir den getheilten Sinn, und eine Unmöglichkeit wird nicht mehr vorwalten; nur die rechtliche Natur wird von beyden auch sich

sonst widersprechenden Thatsachen als identisch durch positive Gesetze ausgesagt, und dieses kann doch wohl geschehen? — Doch vielleicht schlägt das Beyspiel; welches Zahn aufstellet, und womit er, wie mit einem Streiche den Knoten zu zerhauen glaubt, alles gesagte nieder; er sagt; a) quis negabit fieri non posse, ut duo sint unus, et tamen fingitur patris cum filio unitas? Man darf das Beyspiel nur an die Fäden knüpfen, die ich oben gezohen habe, und es ist gelöst; — die wahre Thatsache ist hiebey, daß Vater und Sohn zwey Personen sind; die unwahre, bloß eingebildete, die Personeneinheit, ohne daß dadurch noch gesagt wird, daß Vater und Sohn diese Einheit ausmachen, und so sind doch beyde Thatsachen einzeln — jede ist für sich möglich; Personen-Einheit läßt sich denken, und zwey Personen für sich ebenfalls, nur in Zusammenstellung, daß zwey Personen diese Einheit ausmachen sollen, wirft sich eine Unmöglichkeit heraus, zwey können mit Hinsicht auf das, was sie zu zweyen macht, nicht eins seyn, aber im Rechtssinne fällt diese Unmöglichkeit wieder weg. Ich fand also durch diese Untersuchung nirgends Boden, um einen neuen nicht schon berührten Unterschied anbauen zu können; glücklicher dürfte man seyn, wenn man auf die wirkenden Subjekte sieht; bey den Dichtungen ist es immer nur der Gesetzgeber; ausdrücklich müssen

a) Cit. Differt. §. 3.

sen sie von ihm anerkannt worden seyn; aber Vermuthungen giebt es, die dieses nicht sind a).

§. 35.

IV. In wie weit ist Auslegung, und Analogie von Vermuthung verschieden?

Eingang.

Menoch wirft sich unsre Frage zum Theil zwar auch auf b), aber Böhmer bemerket sehr richtig, daß er selbe nicht beantworte, sondern nur berühre. Böhmer selbst zählt sechs Unterscheidungsmerkmale auf c), und ob ich gleich dem Urtheil des Lesers nicht vorgreifen will, so glaube ich doch, daß mir jeder eine nähere Prüfung derselben nicht ungerne erlassen werde, unbestimmt, unbedeutend, und unrichtig sind die drey Fehler, in die sich selbe theilen.

Ich söndere meine Frage, und behandle

A) Den Unterschied der Auslegung,

B) Den Unterschied der Analogie.

a) Das unbedeutende, was Alziat über den Unterschied, vom Fiktion, und Vermuthung sagt, vid. Tractat. de praesumt. p. I. Fol. 4.

b) Comentar. de praesumt. lib. I. quaest. 27.

c) Cit. exercit. C. I. §. 12 -- 17.

§. 36.

Genetische Rücksichten auf Auslegung.

A) Denken, und wollen sind die wesentlichen Funktionen unsers Geistes, jedem ausser dem Ich an sich unkennbar; durch Zeichen können wir selbe mittheilen, diese sind Bewegungen des unendlich bestimmbaren Körpers, — oder überhaupt, äussere Handlungen (Thaten, — gestus) oder eines besondern eigends zur Mittheilung bestimmten Organs — Worte. Weder denken, und wollen wir immer mit möglichst scharfer Bestimmtheit, noch bezeichnen wir um viel weniger unsre Gesinnungen mit genau bestimmten Merkmalen; und daher ist man sich gar oft, der von einem andern über seine Begrife gegebenen Zeichen ungeachtet, derselben noch gar nicht gewiß, daß, was er eigentlich denke, oder wolle, ist noch mehr, oder weniger verwickeltes Problem; dieß soll es schon überhaupt nicht bleiben, uud besonders, wo es auf Bestimmung von Rechten ankömmt, darf es nicht bleiben. — Es muß ausgemittelt, bestimmt angegeben werden, was eigentlich gedacht, und gewollt ward, um von den mehrern bey der vorigen Unbestimmtheit möglichen Rechtsfolgen jene aufzufinden, welche nun einzig wirklich werden soll; — beschriebene bestimmte Angabe heißt Auslegung a),

(Inter-

a) Vergl. hierüber Grolman n Grundsätze der Keiminalrechtswissenschaft B. II. Th. I. Abth. I. Kap. 3. T. 2. Abschn. 1. §. 261.

(Interpretatio); die Spähre von Begrifen vermittels Zeichen zu bestimmen ist ihr Geschäft; — liefert sie uns, was dem Zeichen überhaupt für ein Begrif untergestellt ist, — den Sinn des Zeichens, so ist sie gramatische Auslegung. Ist der Begrif im allgemeinen erkannt, und erscheint er aus anders woher, als aus den Regeln der Sprache geleiteten Gründen für einen konkreten Fall unbrauchbar, so muß seine Spähre diesem Falle angemessen, durch einen Schluß aus den besonders vorkommenden Gründen bestimmt, — logisch ausgelegt werden; der allgemeine Begrif wird dadurch entweder ausgedehnt seine Spähre mehrfassender gemacht — erweiternd ausgelegt, oder es wird manches davon ausgeschlossen — er wird beschränkt ausgelegt werden müssen.

Dieses sind so die Ansichten, wie ich glaube, welche uns die Auslegung aus dem wahren Gesichtspunkte darstellen; die Entgegenstellung der Vermuthung wird die Ungleichheiten zwischen beyden herauswerfen.

§. 37.

Unterschied der Auslegung, von Vermuthung.

1) Vermuthung ist Produkt der Thätigkeit der Vernunft ihre dabey vorkommende Funktion ist schliessen (deducere). Auslegung ist

kein

kein Schluß, sie ist Bestimmung (Determinatio) — ein Urtheil, das von irgend einem dunkeln Begrife gewisse Prädikate (verneinend, oder bejahend) aussagt. Die Urtheilskraft äussert hiebey ihre Wirksamkeit. Vermuthung und Auslegung unterscheiden sich also schon einmal, wie Urtheil, und Vernunftschluß.

2) Vermuthung muß wahrscheinlicher Schluß seyn. Auslegung ist Urtheil, gleichviel ob dabey das Prädikat vom Subjekte nothwendig ausgesagt wird, oder wahrscheinlich; — sie kann wahrscheinliches Urtheil seyn, aber Vermuthung muß nur Wahrscheinlichkeit gewähren.

3) Vermuthung ist juristisch wahrscheinlicher Schluß von der Existenz einer Thatsache zur Existenz einer andern, die Existenz einer Thatsache ist ihre nothwendige Grundlage, und die Existenz einer andern das Objekt ihres Schlusses. — Auslegung ist mit ihrer Wirksamkeits Sphäre nicht einzig auf Thatsachen, als von ihr zu bestimmenden Gegenstand beschränkt, — Vorstellungen, Begrife, Ideen — alles ist ihrem Gebiethe Unterthan. Nie fördert Auslegung die Existenz einer Sache überhaupt (auch nicht wahrscheinlich) zu Tage; des existirenden gedachten, und gewollten Umfang beschreibt sie. — Ob überhaupt etwas sey? nicht diese Frage, sondern von welchem Innbegrif etwas unbestimmtes sey? zu beantworten ist ihr Geschäft;

schäft; die Bestimmung, welche Auslegung giebt, erscheint immer nur als Prädikat von einem schon bestehenden Subjekte; nicht so bey Vermuthung.

§. 38.

Fortsetzung.

4) Und um sie beyde in der Unterordnung zu einen, und den nämlichen Zweck, — als Mittel zur Entscheidung streitiger Rechtsfälle zu betrachten, erfüllt jede, Vermuthung, und Auslegung eine andre Bedingung zur Entscheidung; will der Richter einen streitigen Fall entscheiden, so ist es einmal nothwendige Voraussetzung, daß der in Frage stehende konkrete Fall, auch gewiß existire; dieß in Erfahrung zu bringen ist die erste Aufgabe des Richters, Vermuthung kann ihm hier (obgleich unvollständige) Quelle seiner Kenntniß werden. Aber man nehme an, über die Existenz eines konkreten Falles sey Gewißheit da, nur über seinen Innbegrif schwebe man noch im Dunkeln; — auch hievon ist genaue Wissenschaft nöthig, der Richter sucht sich durch Schlüsse jeder Art, — durch Vermuthungen, oder wie immer aufzuhellen, und sobald er klar sieht, so sagt er die auf diesen Wegen aufgefundenen Bestimmungen von seinem existirenden unbestimmten Fall als eben so viele Prädikate aus — er interpretirt selben. Auch da muß der Interpret noch wirksam seyn, wenn das Gesetz, worunter das Factum subsumirt werden soll, noch nicht von al-

lent-

lenthalben genau abgemessenen Umfange, — wenn es dunkel, und unbestimmt ist; auf gleiche weise forscht der Richter nach diesen Bestimmungen, und das Resultat seiner Forschungen ist Auslegung des Gesetzes.

§. 39.

Fortsetzung.

Wir sehen aber denn doch, daß auch bey aller Verschiedenheit zwischen Vermuthung, und Auslegung ihre Gränzen gar leicht verwirrt werden können, und verargen es den Rechtsgelehrten nicht, wenn sie es in manchen Falle nicht kategorisch zu sagen wissen, ob sie irgend ein Resultat der einen, oder der andern verdanken wollen. Hört man zwey über die Frage abstimmen, wodurch man darauf komme, ein unbestimmtes Lehen für ein eigentliches (Feudum proprium) vielmehr, als uneigentliches zu halten? einer wird es durch Auslegung, — durch Vermuthung der andere gefunden zu haben behaupten; Recht hat dabey wohl jeder, aber jeder schaut die Sache von einem andern einseitigen Standpunkte an; durch ihre Vereinigung wird die Wahrheit, und eine unverrükbare Gränze für beyde gewonnen werden. Auslegung ist Bestimmung, ist Auflösung des Problems; von welchem Umfang irgend etwas sey; begreiflich ist es, daß jede Auflösung, und Bestimmung auf irgend einem Grunde beruhen müße, und eben so gewiß, daß Grund, und begründetes,

nicht

nicht ein, und daßelbe sey; Es läßt sich demnach denken daß der Bestimmungsgrund — der Grund zur Auflösung der schliessenden Vernunft sein Dasein verdanken mag, daß er vollgültiger, oder wahrscheinlicher Schluß — Vermuthung sey, ohne daß dieses schon auch eben deswegen von der Bestimmung und Auflösung selbst mit ausgesprochen ist; nur Haltbar- und Gültigkeit, nicht die bey ihm vorkommende Function des Geistes überträgt der Grund auf sein begründetes. — Wenn demnach einer in unserm gegebenen Beyspiel durch Vermuthung auf den Satz gekommen zu seyn glaubt, daß ein unbestimmtes Lehen vielmehr ein eigentliches, als ein uneigentliches Lehen sey, der andere durch Auslegung, so hatte ersterer den Grund des Satzes die Prämisse, naturalia praesumuntur, im Auge, — er sah auf den Bestimmungsgrund, dagegen letzterer die letzte, und nächste Handlung des Geistes, das Urtheil, vermittels welchem er eigentliches als Prädikat vom Lehen aussagte — die Bestimmung im Gesichte behielt.

Diesem Gesichtspunkt muß man übersehen, die verschiedenen Funktionen des Geistes bey Aufstellung, und Aufsuchung eines und des nämlichen Resultats, — bey Schlußsatz, und Prämisse nicht unterscheiden. Wenn man mit Böhmer die Auslegungsregeln, und Vermuthungen wechselweise für einander zu Quellen er-

hebt

hebt; (a) so leitet er aus der Auslegungsregel, in interpratatione semper eo respiciendum, ne inducatur absurdum, die Vermuthung ab, nemo praesumitur comittere velle absurdum; (b) aber ich möchte einmal den Grund für seine Regel kennen, wenn diese Vermuthung Folge davon seyn soll! oder warum muß denn eine unbestimmte Willensäusserung nach gegebener Regel ausgelegt werden? nicht wahr deswegen, weil es nicht wahrscheinlich ist, daß jemand etwas vernunftwidriges wolle, quia committere velle absurdum nemo praesumitur;

Wenn übrigens Böhmer die gesetzlichen Vermuthungen der doktrinellen Auslegung gegen überstellt, (c) und daraus noch den Unterschied herleitet, daß jene vom Gesetzgeber bestimmt werden, also Rechtsquellen sind, diese hingegen als das Geschäft eines Privaten nur das Ansehen eines Hilfsmittels für sich behaupte, so hat er diese Ausbeute zuvor selbst in die Grube durch seine schiefe Zusammenstellung hineingetragen: Giebt es doch auch eine Auslegung, welche Rechtsquelle ist — die authentische; und Vermuthungen, die nur Hilfsmittel sind — die nicht gesetzlichen (praesumtiones hominis.

Ferner

a) Citat. Exercitat. C. I. §. 13. 14. 17.

b) ibid. §. 13.

c) Cit. Exercit. C. I. §. 12.

Ferner denkt er sich den Interpreten, wie in der Rechtslehre, so in jeder andern Wissenschaft wirksam a), und gegen über hat er nur Rechtsvermuthungen wieder im Auge, halt genus gegen die species, und dringt die daher zu leitende Unterschiede wieder der Sache selbst auf; hat doch Vermuthung überhaupt in jeder Wissenschaft so gut, als Auslegung überhaupt statt! — und der Arzt, (um mich seines Beyspiels zu bedienen) kann am Krankenbette eben so wenig Rechtsauslegung, als Rechtsvermuthung brauchen.

Ich glaube die Sache auf richtige Ansichten zurückgeführt, und die wesentliche Unterscheidungs-Linie so viel möglich genau gezohen zu haben.

§. 40.

B) Wie unterscheidet sich Analogie von Vermuthung?

Präliminar Untersuchung über den Unterschied von Analogie, und Auslegung. — Genesis der Analogie.

Ich habe Auslegung von Vermuthung gesöndert; Analogie steht mit ihr in nächster Verwandschaft, so manche Sönderungslinie von jener möchte daher wohl auch einen Tangenten von die-
ser

a) ibidem.

ser abgeben können, ich schicke demnach die prälimінar Untersuchung voraus, in wie weit Analogie, und Auslegung vou einander abstehen?

Gesetze, die keine Grundsätze aufstellen, nur größtentheils Fälle entscheiden, können auf Suffizienz wohl nie gegründeten Anspruch machen, die Erfahrung, — das Reich der Fälle ist unermeßlich; auch bey unzählbar gegebenen Fällen werden sie immer noch der Menge vorkommen, deren rechtliche Natur noch kein Gesetz ausdrücklich aussagte; als Ausnahmen von allgemeiner rechtlicher Ordnung, — Gesetz - und Rechtslos können sie nicht hingehen, auch ihre Rechtsfolgen muß der zum Spruche aufgefoderte Richter bestimmen, wo soll er das Prinzip hernehmen, worunter er sie subsummiren kann? — Soll er ohneweiters sich der Natur der Sache in die Arme werfen, und die positiven Gesetze verlaßen? — So schön, als wahr sagt Feuerbach a): „Der Richter ist „Diener der Gesetze, und darf nicht selbst die „Gründe zu seinem Urtheil (den Obersatz in dem„selben) bestimmen, ohne aufzuhören Richter zu „seyn, und in das Geschäft des Gesetzgebers ein„zugreifen." Und daraus, daß irgend ein bestimmter Fall nicht in den Gesetzen entschieden sich vorfindet, auch kein ausdrückliches Prinzip für dessen Entscheidung darinn aufgestellt wird, wer möchte den Schluß rechtfertigen, daß schon deßwegen in den

a) Revision der Grundsätze, und Grundbegrife des peinlichen Rechts. 1. Th. S. 193.

den Gesetzen überhaupt kein Entscheidungsgrund dafür enthalten sey? — vielmehr wird man durch die nothwendige Ueberzeugung, daß der Gesetzgeber auch bey Entscheidung einzelner Fälle von allgemein gültigen Grundsätzen ausgehen mußte, geleitet, seinen konkreten in den Gesetzen nicht ausdrücklich entschiedenen Fall dadurch zu bestimmen suchen müßen, daß man sich umsehe, ob sich nicht irgend ein ausdrücklich entschiedener Fall auffinden laße, der, obgleich mit gegebenen nicht einer, und derselbe, — identisch ist, doch damit in so einem Verhältniß steht, daß das bey jenem vorkommende, seine Rechtsfolgen bestimmende Urtheil, wenn man von allen möglichen Individualitäten sowohl seines Subjekts als Prädikats abstrahirt, einen allgemeinen Obersatz liefert, unter welchem, so wie selbes selbst als Schlußsatz daraus hervorgeht, auch der gegebene Fall begriffen ist; — und dieses Verhältniß heißt Analogie. — (Oder um es durch Parenthese zu bemerken man wird darauf zu achten haben, ob sich die beyden Fälle nicht geradezu widersprechen, ob keine Entgegensetzung (Oppositio contrariorum) vorwalte, um nach dem Widerspruchsgesetze, für entgegengesetzten Grund (factum) ein entgegengesetztes Begründetes (dessen Rechtsfolgen) zu bestimmen *).

Ana-

---

*) Dieses Verhältniß, --- oppositionem contrariorum setzte ich mit Bedacht der Analogie entgegen, weil sie davon zu auffallend verschieden, als daß man sie zu vermengen auch nur scheinen sollte, wie Häberlin. Handbuch des Deutsch. Staatsr. B. 1. §. 48.

Analogie also, ist das Verhältniß zweyer, oder mehrerer Fälle, welche an sich schon einander ähnlich sind, und nebenher unter gleichem Prinzip, wie eben so viele Schlußsätze unter einem Obersatze stehen; a)

Ich erläutere dieses Verhältniß durch das nächste beste Beyspiel, gleich aus dem deutschen Staatsrecht. Das säkularisirte geistliche Stift Bremen wird auf die weltliche Bank, im Rang, an den nämlichen Platz übersetzt, wie es ehevor auf der geistlichen saß; Abstraktion von den Individualitäten des Subjekts, und Prädikats dieses Urtheils, giebt den allgemeinen Satz: jede von einer Bank auf die andere übersetzte Reichstagsstimme geht auf der neuen Bank an den nämlichen Platz über, den sie in der vorigen Bank einnahm; man mag nun in einem beliebigen Untersatze ein geistliches Stift mit was immer, — übrigens ganz verschiedenen individuellen Bestimmungen (auf daß der Fall nur mehr ähnlich, nicht identisch ist) als säkularisirt aussagen, so wird der Schlußsatz selbem das Prädikat des Obersatzes, — die nämliche Rangordnung auf der weltlichen Bank, wie auf der geistlichen, zutheilen müßen.

§. 41.

Unterschied von Analogie und Auslegung.

Der nächste Punkt, in dem zwey verschiedenartige Dinge sich berühren, ist immer auch der, welcher am

a) Vergl. Feuerbach Revision ꝛc. a. a. O.

am schärfsten ihre Gränzen bezeichnet. — Analogie und Auslegung können, wie Vermuthung, und Auslegung bey einem, und dem nämlichen Resultat zusammentrefen, besonders gilt dieses von der erweiternden Auslegung; — Analogie läßt sich gar oft auf der Bahne zu dieser betreten, verhält sich zu ihr, wie Bestimmungsgrund zur Bestimmung, (§. 39.) aber beyde deßwegen vermengen, sagt doch wohl mehr nicht, als über dem Ziele alles dessen vergessen, wodurch man zum Ziele gelangt; oder auch so umgekehrt. Aber dieß wird der Beobachter nicht; er wird darüber ihren wesentlichen Unterschied nicht übersehen und ihre Eigenheiten zu würdigen wissen.

Analogie ist Abstimmung nach gepflogener Vergleichung mehrerer Fälle über ihre wechselweise Beziehung, — ist Verhältniß, durch die zwey Urtheile ausgedrückt 1) A ist dem B ähnlich, und 2) A, und B stehen unter einem gemeinsamen Prinzip. Auslegung ist ein Urtheil, — Zutheilung bestimmter Merkmale einem unbestimmten Subjekte; zunächst aus der Wirksamkeit des Verstandes gehen daher beyde hervor, nur daß erstere zwey Urtheile eine Beziehung ausdrücken, eine Bestimmung letzteres. Analogie trift übrigens mit erweiternder Auslegung nothwendig zusammen in dem Fall, wo in den Gesetzen ein Prinzip zwar aufgestellt, aber in soweit unbestimmt ist, daß man nicht sogleich ohne weiters absehen kann, ob auch ein bestimmter gegebener Fall darunter begriffen sey. Hier, wenn

die

die Unbestimmtheit des Prinzips nicht bloß im Ausdrucke, dem Wortsinne beruht, die sich durch grammatische Kenntniße heben läßt, ist die Vergleichung, ob nicht der gegebene Fall einem unter selbem gewiß begriffenen ähnlich, und der Zweckbegriff des Gesetzgebers auch auf jenen gerichtet sey, — Analogie ist hier entscheidend; von ihr kömmt man erst zur Bestimmung, — Ausdehnung des Prinzips auf den konkreten Fall, zur erweiternden Auslegung herab; sie verhalten sich wie Grund zur Auflösung, und Auflösung selbst.

Daraus läßt sich über die Frage urtheilen, welche Häberlin a) nach Gaisler b) aufwirft, ob es auch Analogie sey, wenn aus allgemeinen Regeln, und Grundsätzen richtige Schlüsse auf einzelne Fälle gemacht werden? er beantwortet sie verneinend, und scheint es darauf anzutragen, daß Analogie überhaupt nur dann denkbar sey, wenn vom Gesetz selbst noch kein Prinzip aufgestellt, nur ein einzelner Fall entschieden ist, von dem selbes erst nachgesucht, und auf einen andern unentschiedenen Fall angewendet wird; er scheint daher die Aufsuchung eines Prinzips in das Wesen der Analogie zu verflechten. Ob nun dieses so schlechthin — ohne nähere Bestimmung wahr sey, möchte noch bezweifelt werden können; man könnte fragen, ob zur Analogie mehr erfodert werde, als Aehnlichkeit der Fälle, uud Identität eines ihnen Gemein-

---

a) Handbuch des t. St. R. 1. Band. 1 Buch § 48.
b) Progr. de Analog. I. p. Vittenbergæ 1784. 4. § 2.

gemeinsammen Grundes? und so lange man bey Analogie im allgemeinen — sie bloß als Verhältniß zweyer, oder mehrerer Fälle gedacht, stehen bleibt, glaube ich auch, daß der genetische Begrif (: §40:) zu einer Verneinung dieser Frage allerdings berechtige, daß es folglich insoweit dem Wesen der Analogie gleichviel gelte, ob das Prinzip, worunter sie ihre ähnlichen Fälle begreift, schon gegeben sey, oder erst aufgesucht werden müße; zwey ähnliche Fälle einem, und demselben auch gegebenen Grundsatze untergeordnet, sind, und bleiben sich anlog; und im Falle auch ein Prinzip erst aufgesucht werden muß, ist die Auffindnung, das gegeben seyn selbst die Bedingung unter welcher das Verhältniß der Analogie zweyer ähnlicher Fälle erst ausgesagt werden kann Aber dieses gilt nur von Analogie im allgemeinen; — betrachtet man sie dagegen, als Hilfsquelle zur Entscheidung von Rechten, als welche sie ihren eigentlichen juristischen Werth hat, und wovon hier vorzüglich die Rede ist; —Analogie in dieser Vereinigung gedacht, — (Analogia juris, wenn man sie so nennen will) muß immer eine Thesis juris aufstellen; die Aufsuchung eines Prinzips ist damit nothwendig verflochten, nur dadurch behauptet sie ihren Charakter einer Rechts-Quelle; so lange die Gesetze einen Grundsatz aussagen, bedarf es nur der Subsumtion der Fälle unter ihn, — Subsumtion ist der Grund der Entscheidung, und nicht Analogie, soll leztere in dieser ihrer juristischen Funktion auftreten, so ist es Bedingung ihrer Wirksamkeit,

daß im Gesetze entweder allerdings nur ein einzelner Fall entschieden sich vorfindet, wovon die Entscheidungsnorme nachgesucht werden muß, um auch einen konkreten Fall darunter zu begreifen, — selben nach der Analogie zu entscheiden; oder, wenn auch schon ein etwas allgemeinerer Satz im Gesetze liegt; aber noch das höchste Prinzig nicht ausgedrückt ist, und nun aus dem zu engen Grundsatze die Entscheidung irgend eines Falles nicht durch blosse Unterstellung hervorgeht, auch hier wird die Vernunft aufgefodert, das höhere Prinzip zu erforschen. — Analogie liefert die Prämiße zur erweiternden Auslegung, sie ist Quelle der Bestimmung der Rechtsfolgen vom gegebenen Fall.

§. 42.

Unterschied der Analogie, und Vermuthung.

Jetzt, da die Voraufgabe entwikelt, Analogie, und Auslegung gesöndert sind, wird sich mein Zweckproblem sonder Mühe lösen laßen; ich wiederholle es.

Wie unterscheidet Analogie sich von Vermuthung?

Ich werde hiebey ganz kurz seyn können, da dieser Auflösung durch vorgängige Untersuchungen schon vorgearbeitet ist.

Die

Die eignen Unterscheidungs Merkmale zwischen Auslegung, und Analogie abgerechnet, bedarf es meist nur einer Wiederhollung deßen was oben (§ 37) über den Unterschied von Auslegung, und Vermuthung gesagt wird.

1.) Vermuthung ist Schluß, Funktion der Vernunft. Dagegen bildet der Verstand die zwey Urtheile der Analogie.

2.) Vermuthung ist wahrscheinlicher Schluß; — Gewißheit ist mit Vermuthung unvereinbar; Analogie ist ihrer allerdings fähig sie kann gewiß seyn, ann unbedingtes Resultat liefern, aber sie muß es nicht; — auch Wahrscheinlich kann sie seyn; Nur unter der Bedingung ist sie vollgültiger Entscheidungsgrund eines gesetzlich unentschiedenen Falles, wenn er wirklich gesetzlich nicht entschieden ist, würde sich ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes dafür vorfinden, so müßte, wie natürlich, darnach gesprochen werden.

3) Wenn übrigens Vermuthung nur eine Thatsache als gegeben voraussetzt, und eine andere davon wahrscheinlich herleitet, so müssen entgegen bey Analogie, die Fälle, unter denen sie herschen soll, alle gegeben seyn, über Existenz von Thatsachen sagt Analogie nichts aus, die Wechselbeziehung existirender Thatsachen; — ihr Verhältniß giebt sie an.

4) Sie leistet demnach dem Richter bey seinen Rechtsbestimmungen ganz andere Dienste, als Vermuthung, diese trägt das ihrige zur Beantwortung der Frage über das Daseyn einer Thatsache bey, jene bestimmt die Möglichkeit der Subsumtion eines Falls unter ein Gesetz, worunter er nicht ausdrücklich begrifen ist.

III. Abschnit,

Eintheilung der Vermuthungen.

§. 43.

Prüfung der Eintheilungen älterer. — Eintheilungsgründe. Quellen, und Wirkungen.

Die Eintheilungen, welche Menoch von Vermuthungen zusamen aufborgte, a) auch nur zu durchlauffen, wird mir jeder als ein undankbares Stük Arbeit gerne erlaßen.

Tevenar giebt die einzige Abtheilung in simple, und gesetzmäßige an. b) Aber er hat nebstdem, daß der Ausdruck gesetzmäßig nu- unrich-

a) Coment. de præsumt. Quæst. 2.

b) Theorie des Bew. in Civil Proz. C. II. S. 29.

richtig gewählt scheint, indem doch wohl auch die simplen Vermuthungen (Praeusmtiones hominis) ob sie gleich von den Gesetzen nicht selbst aufgestellt wurden, dennoch nicht wieder die Gesetze seyn dürfen, sondern vielmehr selben gemäß - also gesetzmäsig, seyn müssen, nebenher, sage ich, hat er selbst schon keine vollkommene Eintheilung bezwecket, sie kann also nichts anders, als unvollständig seyn.

Ausführlicher handelt davon Böhmer, c) ich verwe se hier nur auf ihn selbst, und führe alles auf ie zwey Eintheilungsgründe zurück; auf

I. Die Quellen, aus welchen sie hervorgehen, und

II. Ihre Wirkungen.

§. 44.

I. Eintheilung der Vermuthungen mit Hinsicht auf ihre Quellen a) nicht gesetzliche, α) gesetzliche, β) unmittelbar, und b) mittelbar solche.

Alle Vermuthungen, weß Namens sie immer seyn mögen, fliessen zwar ursprünglich aus einer, und derselben Quelle, sind Schlüsse, — danken der Vernunft ihr Daseyn; aber

A)

c) Citat. exercit. C. I. § 5. --- 10.

A) Einmal wirkt sie bloß ihren eigenen Gesetzen überlaßen, der Richter schließt als Mensch, nicht als Organ der Gesetze, und daher — die eine Art der Vermuthungen, die nicht gesetzlichen (praesumtiones hominis).

B) Ein andersmal wird die schliessende Vernunft des Richters vom Gesetzgeber geleitet, der Schluß liegt im Gesetze, der Richter braucht nur richtig nachzuschliessen, und dadurch wird eine zweyte Klasse von Vermuthungen begründet, die gesetzlichen (praesumtiones juris).

Diese laßen sich wieder unter dem untergeordneten doppelten Gesichtspunkt bringen.

a) Sie sind entweder unmittelbar aus dem Gesetze zu erkennen, der Richter findet sie in selbem ausgedrückt; — unmittelbar gesetzliche Vermuthungen.

b) Oder man kann sie nur vermittels Analogie als unter einem Gesetze enthalten denken, die Vermuthung ist mittelbar gesetzlich.

---

§. 45.

§. 45.

II. Eintheilung der Vermuthungen mit Hinsicht auf ihre Wirkungen.

a) Gesetzlich qualifizirte, b) nicht qualifizirte, und nicht gesetzliche Vermuthungen.

Ungemein wichtig ist der Unterschied, welchen die Wirkungen der Vermuthungen begründen, es gült hiebey nichts geringeres, als dem Richter einen Standpunkt anzuweisen, wovon aus er das unermessene Chaos von Vermuthungen überschauen, und Fäden ziehen kann, an welche er alle Vermuthungen nach den Verschiedenheiten ihrer Natur schlingen, und sich dadurch in die Lage setzen kann, die für jede derselben geeignete Verfügung nach den Foderungen seines Zweckes zu erlassen.

Gar oft bestimmen die Gesetze selbst die Wirksamkeit einer Vermuthung, und es ist begreiflich, daß die Sache hier keinem weitern Bedenken mehr ausgesetzt sey; es bleibt bey der vom Gesetzgeber gemachten Bestimmung. — Vermuthungen von dieser Qualität mögen füglich gesetzlich qualifizirte heißen a). Mehrsten Theils ist die Wirkung nur von solchen Vermuthungen gesetzlich bestimmt, welche den Beweis auf den Gegner übertragen b), und

a) Böhmer cit. exerc. C. I. §§. 9. et 10.

b) l. 23. D. quod met. caa. l. 28. §. 3. D. de liberat. leg. l. 6. D. de condict. caa. data, caa. non sec. u. a. m.

und deswegen gehören auch nur diese hauptsächlich hieher. Daß sie übrigens entweder unmittelbar durch die Gesetze qualifizirt, oder mittelbar es seyn können, ist aus obigen für sich einleuchtend, und bedarf keiner Erinnerung.

Den gesetzlich qualifizirten Vermuthungen stehen die gesetzlich nicht qualifizirten, schlechthin gesetzlichen gerade gegenüber, kein Gesetz, die Natur der Sache muß über ihre Wirkungen den Ausspruch machen; sie sind demnach in Ansehung dieser mit den nicht gesetzlichen gleichbedeutend, die also ebenfalls noch mit in den Gegensatz aufgenommen werden müßen.

§. 28.

Vermuthungen, die a) unter positiven, oder b) unter negativen Bedingungen zur Gewißheit werden.

1) Dringende, 2) entfernte Vermuthungen.

Beyde Arten von Vermuthungen, welche den gesetzlich qualifizirten entgegen stehen, müßen doch auch ihre bestimmten Wirkungen haben. Die Gesetze lassen sie bestimmbar zurück, Natur der Sache muß hier entscheiden; diese giebt uns hierüber, wie die gleich unten vorkommende Untersuchung über die Wirkungen hinlänglich erproben soll, folgenden Aufschluß, und verweißt auf diesen Unterschied der Vermuthungen.

a)

a) Entweder ist die Vermuthung so beschaffen, daß sie unter noch zu setzenden (positiven) Bedingungen zur Gewißheit wird, der Zusammenhang des Vermutheten mit seinem Grunde ist positiv bedingt;

b) Oder eine Vermuthung gelangt zur Würde juristischer Gewißheit, wenn gewiße Bedingungen nicht gesetzt werden, der Zusammenhang des Vermuthungsgrundes, und des vermutheten negativ bedingt ist (§. 19.)

Die Vollwichtigkeit, und der sehr bedeutende Einfluß dieser Eintheilung auf die Bestimmung der Wirksamkeit der Vermuthungen, wird sich, wie ich bereits erinnerte, im folgenden Theile meiner Abhandlung bewähren. Nur nach diesen Gesichtspunkten werden wir eine allgemeine Regel auffinden können, die uns in das schauerliche Dunkel der Lehre von den Wirkungen einiges Licht bringen soll, auf daß man etwas heller sehe, und der Richter die Wirkungen der Vermuthungen nicht erst selbst, gleichsam, als müßte er in ein ewiges Problem verwickelt seyn, wieder zu vermuthen brauche.

Noch darf der größere, oder kleinere Grad der Wahrscheinlichkeit der Vermuthungen (§. 28.), und die daraus abgeleitete Eintheilung in dringende, und entfernte hier nicht umgangen werden. In der Lehre der Collision der Vermuthungen wird sie als bekannte Größe erscheinen,

um

um dadurch das Problem zu lösen, welche aus den collidirenden Vermuthungen vor der andern ihre Wirksamkeit behaupte?

II. Theil.

Von
den Wirkungen der Vermuthungen.

§. 47.
Eingang.

Beynahe immer stehen Wichtigkeit, und Ausbildung einer Lehre im umgekehrten Verhältniß, der Grad der Zunahme von jener ist gewöhnlich auch Grad der Abnahme von dieser. Werfen wir einen Blick auf die wissenschäftlichen Bearbeitungen der für den Richter so vollwichtigen Lehre über die Wirksamkeit der Vermuthungen, und wir finden diese Wahrheit hinlänglich verbürgt.

Wahrlich! wie es einen fast bangen möchte, wenn man hierinn noch beynah alles im unförmlichen Chaos da liegen, und einer ordnenden Schö-

pfung

pfung entgegen harren sieht! Die Kasuisten — wie es so ganz vergebene Mühe ist, irgend einen festen Standpunkt in ihnen zu suchen! Mit harter Mühe, daß sie einem, oder dem andern ihrer einzelnen Fälle die Bemerkung anhängen, ob er praesumtio juris, oder praesumtio hominis sey, und hiemit haben wir rein den ganzen Aufschluß, den sie uns über die Wirkungen der Vermuthungen geben. a)

Manches Gute verdanken wir **Böhmer**; er vertheidigt die Behauptung, daß nicht jede gesetzliche Vermuthung die Beweißlast auf den Gegner hinüberschiebe, dazu fodert er eigne gesetzliche Qualifikation b). Ohne diese setzt er in Ansehung der Wirkungen die gesetzlichen den nicht gesetzlichen gleich; aber unentschieden ist es noch, daß diese zusammen einen andern Beweiß nur unterstützen sollen c). Die Beweise fehlen, daß sie nie mit den qualifizirten gleiche Wirkungen haben; und wenn bey einigen dieses vielleicht denn doch eintreffen soll, so ist darüber noch gar nichts bestimmt, auf welchen Punkt man sich zu stellen habe, um absehen zu können, welche dieß=, und welche jenseits der nothwendig unter ihnen zu ziehenden Linie liegen. — Noch mehr, man weiß noch nicht bestimmt, wie groß, und welche Unterstützung es sey, die jene

a) Cff. Alciat. Tractat. de praes. --- Menoch Coment. de praesumt. Moscard de prob.

b) Cit. Exercit. §§. 9 et 10.

c) Böhmer cit. Exercit. §. 10.

jene Vermuthungen, welche die Beweißlast nicht auf den Gegner übertragen, einem andern Beweise leisten. — Lauter Aufgaben, die noch gelößt werden müßen, wenn wir über die Wirkungen von Vermuthungen klar sehen wollen. Beyträge wenigst versuche ich zur Auflösung des Problems zu liefern, und ich werde im ersten Abschnit von den Wirkungen der Vermuthungen überhaupt; im zweyten von ihren Wirkungen im Zusammentreffungsfalle (Konkurse) mehrerer handeln.

I. Abschnitt.

Von den Wirkungen der Vermuthungen überhaupt.

§. 48.

Berichtigung, und Sönderung der Aufgabe.

Der Bestimmungsgrund, der für die Verfügungen des Richters aus Vermuthung hervorgeht, ist die Wirkung dieser Vermuthung.

Ihr Zweck ist, dem Richter Gründe zur jurißischen Kenntniß des Daseyns der im Streit befangenen Thatsache an die Hand zu geben. Deswegen hat sie der Gesetzgeber aufgestellt, und dem

Rich-

Richter als vernünftigen, — Der Schlüße fähigen Organ seines nothwendig konsequenten Willens, nach einer richtigen Analogie, und durch Entgegensetzung selbe aufzustellen nicht nur erlaubt, sondern wohl gar gebothen; a) Ja! um diesen durch den Staatsverein unbedingt gebothnem Zweck zu erreichen, mußte er dem Richter im Falle, wo Gesetz, nnd Geist der Gesetze ihn verläßt, die Natur der Sache, als die noch einzige Quelle, woraus er sich Bestimnungsgründe für seine nothwendige Verfügungen schöpfen kann, offen, — er mußte ihn nach den Gesetzen der Wahrscheinlichkeit von einer Thatsache zur andern selbst schliessen — vermuthen laßen.

Also Gründe zur juristischen Kenntniß der im Streit befangenen Thatsache giebt Vermuthung dem Richter an die Hand; Als Resultate von Vermuthungen können diese Gründe zur vollendeten Kenntniß der Thatsache nicht hinreichen; — ohne vollendete Erkenntniß darf der Richter die Rechtsfolgen eines konkreten Falles nicht unabänderlich bestimmen — selben nicht endlich entscheiden, — sie muß bis zur juristischen Gewißheit vollendet werden. — Durch Reflexion, welche nothwendig ihr Ende erreicht haben muß, so bald der Richter einer Vermuthung für die Thatsache sich ganz gewiß ist, ist diese Vollendung nun nicht mehr möglich; sie kann nur durch neues Vorbringen — durch Verhand-

a) L 12 D de Leg.

handlungen der Partheyen mehr gewonnen werden; Darauf muß die Thätigkeit des Richters hinwirken, er muß Verfügungen treffen, die sich wie Mittel zu diesem Zwecke verhalten. — Worin bestehen nun diese Verfügungen, wozu der Richter durch Vermuthungen bestimt wird? Welches] sind die Handlungen, die von den Partheyen noch vorgenommen werden müssen, auf daß sie die Bedingungen püriſiziren, unter denen der durch Vermuthung gegebene Kenntnißgrund für die Existenz einer Thatsache zur juristischen Gewißheit wird? — oder, was ganz eines, und dasselbe ist, was wirken die Vermuthungen? ist nun die gewiß nicht kleine Frage, die beantwortet werden muß, ich sondere sie, und frage:

I. Was wirken die gesetzlich qualifizirten Vermuthungen?

II. Was wirken die schlechthin gesetzlichen, und nicht gesetzlichen?

§. 49.

I. Was wirken die gesetzlich qualifizirten Vermunthgen?

Sie befreyen den Vermuthungs-Haber vom Beweise.

Mit einem Rückblick auf die Bestimmung der Natur dieser Vermuthungen (§. 45.) fällt es in

die

die Begrife, daß diese Aufgabe ihre Auflösung schon mit im Busen trage; qualifizirte Vermuthungen stehen in Frage — jene, deren Wirkungen in den Gesetzen selbst bestimmt sind; diese ziehe man zu Rath, und man ist über die Antwort im reinen Hauptsächlich begrifen wir unter dieser Art (§ 45.) solche Vermuthungen, wo die Gesetze eine Thatsache von einer andern unter der Bedingung ableiten, wenn nicht das Gegentheil nachgewiesen werden kann a) und darauf beschränke ich auch gegenwärtige Untersuchung. Vermuthungen dieser Art werden demnach erst dann juristische Gewißheit, wenn die Parthey, die selbe gegen sich hat, nicht Thatsachen aufzubringen vermag, welche die vermuthete ausschliessen, sohin ihren Zusamenhang mit dem Vermuthungsgrunde zerstören. Ohne juristische Gewißheit, ohne rechtlich unbedingten Keñtnißgrund für die Existenz eines Falles kann selben der Richter nicht endlich entscheiden; soll demnach eine gegebene Vermuthung Entscheidungsgrund ihm werden, so ist dieß nur unter Voraussetzung der eintretenden Purifikation ihrer Bedingung denkbar; darauf hat es denn allererst der Richter anzulegen. — Auf zwey Wegen kann er zum Ziele gelangen;

1) entweder, daß er sich dabey wirksam zeige, den Beweis des Gegentheils der geeigneten Par-

a) Aus so vielen nur ein paar Beyspiele. L. 14. C, de Contr. stip. L. 24. D. de prob. L. 23. prooe. D. quod metus caa.

Parthey durch Zwischenbescheid (interlocutio) auferlege; oder

2) er kann sich bloß leidend verhalten, kann abwarten, ob nicht der Gegentheil den Beweiß hierüber aus freyen Antrieb übernehme, und kann die Unterlaßung hievon für Verzicht auf selben ansehen, nach dem Beyspiele eines wieder einen geführten Beweis dem Probatar zu kommenden Gegenbeweises.

Jeder dieser Wege ist auf andere Grundsätze berechnet, keiner Willkühr kann in ihrer Auswahl statt gegeben werden, Grundbegrife müssen es aussagen, ob hievon nur einer, oder beyde, und in diesem Falle, unter welchen sich entgegengesetzten Bedindungen sie betretten werden müßen?

§. 50.

Wann auf Beweis des Gegentheils interloquirt werden muß, un wann nicht?

Ich gehe, bey dieser Untersuchung von dem einfachen Grundsatz aus: — juristisch gewiß muß die Thatsache dem Richter einleuchten, derer Rechtsfolgen er bestimmen soll. Mit Anwendung auf unsern Fall ergiebt sich daraus der Satz, von der Purifikation der Bedingung einer Vermuthung muß der Richter rechtlich nothwendig überzeugt seyn,

wenn

wenn ihm Vermuthung unbedingter Bestimmungsgrund zur endlichen Entscheidung des Streitfalles werden soll. Endliche Entscheidung von Streitfällen ist Zweck der richterlichen Gewalt, durch den Staatsverein nothwendig gebothen; ein Geboth eines bedingten muß auch auf seine Bedingung erstreckt werden, der Richter, der endlich entscheiden muß, muß auch durch Purifikation der Bedingungen einer Vermuthung, selbe zur vollendeten rechtlichen Wahrheit zu erheben suchen; liegen die Materialien zu dieser Erhebung schon in den Verhandlunden der Partheyen, so bedarf es nur des Rückblickes auf sie von Seite des Richters — seiner Reflexion; um die objektive Wahrheit auch zur subjecktiven, zum Bestimmungsgrund seiner Thätigkeit zu machen, und von neuen Verhandlungen der Partheyen kann hier nichts mehr zur Sprache kommen; der Endzweck der Richtergewalt ist schon dadurch als erreichbar gesetzt, keine Verhandlung einer Parthey kann mehr als nothwendiges Mittel zu dieser Erreichbarkeit, gedacht, und demnach so wenig, als sie selbst bey bereits gegebener Existenz mehr gefordet werden. Aber im gegebenen Fall, wo es um die Erfüllung der Bedingung von Vermuthungen zu thun ist, kann es sich schon gar nicht treffen, daß richterliche Reflexion über die bereits gepflogenen Verhandlungen der Partheyen fernere neue Verhandlungen entbehrlich machen. Vermuthung ist Resultat der Reflexion über alles in einer Sache bey Gericht angebrachte, ist wahrscheinlicher Schluß aus diesem; — Bey gegrün-

deten Bewußtseyn einer Vermuthung, hat demnach Reflexion des Richters über vorgängige Verhandlungen nothwendig ihr Ende erlebt; annehmen, das noch Stoff in selben liege, wodurch Vermuthung zur vollendeten Wahrheit ausgebaut werden könne, heißt die Vermuthung zerstören; — sie war schon objecktiv gar nicht möglich. Also ist Purifikation der Bedingungen einer Vermuthung nur durch neues faktisches Vorbringen der Partheyen denkbar folglich muß es der Richter durch eine dazugeeignete Verfügung (Beweis-interlocut.) sich zu verschafen suchen; einleuchtend ist es übrigens, daß der Beweiß der negativen Bedingung jener Parthey aufgetragen werden müße, für derer Zweck sie als nothwendiges Mittel gedacht werden muß. Schon nach der Natur dieser Bedingungen (wie sich unten §. 56. zeigen soll) ist dieses immer die Pathey, welche die Vermuthung gegen sich hat, und uur in diesem uneigentlichen Sinn kann man diesen Beweis Gegenbeweis, (— Beweiß gegen Vermuthung) nennen, nicht aber im Gegensatze mit einem eigentlichen geführten Beweise, der sich allezeit vom Beweis gegen die bestimmte Art von Vermuthungen darinn unterscheidet, daß er der Parthey durch den Richter vermittels Zwischenbescheid nie anfgetragen, sondern nur erlaubt wird; Die Ursache hievon liegt wohl so tief nicht, als man etwa glauben möchte; wer sich durch ein Mittel seiner Zweckeserreichung gewiß ist, hat nicht nothwendig, sich noch um ein zweytes zu bekümmern, und seine Thätigkeit auch

noch

noch auf Ueberkommung desselben zu richten, um so weniger, wenn dieses zweyte noch dazu darauf angelegt ist, die Wirksamkeit des erstern wieder zu vernichten. Wird Beweiß non irgend einer Parthey geführt, so ist sich der Richter für jeden möglichen Fall gewiß, daß er entweder unmittelbar, oder mittelbar zu unbedingten Kenntnißgrund gelange; Den es wird entweder gar nichts, oder es wird vollständig bewiesen, folglich gegen, oder für den Beweißführer endlich entschieden, oder der geführte Beweiß ist unvollständig; — durch Erfüllungs- und Reinigungs Eid wird er vollendet. Wozu also da noch die zwecklose Verfügung des Richters auf Führung des Gegenbeweises. — Aber was ausser dem Zweckbegrife des Richters liegt, der ohne sonderheitliches Intereße aus Gründen der Allgemeinenheit handelt, ist deswegen nicht auch schon außer dem Zweck der Parthey, gegen die ein Beweiß geführt wird, Gründe des getheilten Intresse können ihr rathen, den Richter nicht auf dem bewußten eingeschlagenen Wege zum Ziele gelangen zu lassen; — es steht ihr frey — sie kann die Führung eines Gegenbeweises übernehmen. Ganz ein anders Verhältniß hat es mit den negativen Bedingungen unsrer Vermuthungen, der Richter kann hier seinen Zweck — endliche Entscheidung nicht anders gewinnen, als bis er es weiß, ob noch Thatsachen aufgebracht werden können, welche die gegebene Vermuthung zerstören, oder nicht.

Daraus geht nun gleichwohl auch durch Entgegensetzung hervor, daß im Falle, wo der Richter bereits rechtlich sich darüber gewiß ist, daß wider eine gesetzlich qualifizirte Vermuthung kein Beweiß des Gegentheils aufgebracht werden könne, er auch keines Zwischenbescheides auf solchen bedärfe, er würde dabey eben so zwecklos handeln, als wenn er bey geführten vollem Beweise noch auf Gegenbeweis erkennen wollte. Und dieser Fall trit (so selten es auch geschehen mag) dann ein, wenn bey gegebener Art unsrer Vermuthungen der Grund, aus dem das Vermuthete abgeleitet wird, auf geschehenen Widerspruch der Gegenparthey, durch eigens geführten Beweiß dargethan werden mußte, und die Vermuthung sohin nicht in den ersten Verhandlungen gegründet ist. — Denn, wenn hier die Gegenparthey nicht von selbst während dem angesetzten Termine mit dem Beweiß des Gegentheils auftritt, so verfällt die Sache unter die bey Gegenbeweißführungen überhaupt statt findende Maxime, — die Parthey hat auf den Beweiß des Gegentheils verzichtet, und im Rechtssinne ist es das nämliche, als wenn sie auf ergangenes Interlokut selben nicht hätte aufbringen wollen, oder können; die gesetzlich qualifizirte Vermuthung ist sowohl in diesem, als im vorigen Fall dadurch zur Gewißheit erhoben worden, weil das Gegentheil nicht nachgewiesen, sohin ihre Bedingung purifizirt wurde.

§. 51.

§. 51.

Verschiedene mögliche Wirkungen des Beweises gegen Vermuthung.

Der Richter muß also bey den gesetzlich qualifizirten Vermuthungen den Beweiß des Gegentheils, der Parthey auferlegen, welche die Vermuthung gegen sich hat, (daß dieses auch in Form eines bedingt verdammenden Urtheils gegen ihn, unter der Bedingung nämlich, wenn er nicht das Gegentheil erweisen würde, geschehen könne, bedarf wohl nur dieser eingeschalteten Bemerkung) und es lassen sich dabey verschiedene Fälle denken, welche, um für jeden die geeigneten Folgen zu bestimmen, durchgegangen werden müßen.

1) Der Gegentheil versteht sich zur Beweisführung gar nicht.

Daß hier die Grundsätze des Ungehorsams a) ihre Wirksamkeit äußern, ist für sich außer Zweifel, und sohin gewiß, daß diese Unterlaßung für einen Verzicht des Beweises vom Gegentheil mit vollem Rechte angesehen werde, und was rechtlich nothwendige Folge davon ist, daß die Vermuthung, weil die Bedingung erfüllt ward, nämlich das Gegentheil im Rechtssinne nicht bewiesen werden konnte, als

a) Gönner. Handbuch des deutsch. gem. Proz. I. Band. XVIII. Abh.

als juristische Gewißheit nunmehr angenommen, und für den Vermuthungshaber gesprochen werden müße.

2) Die Beweisführung des Gegentheils wird übernommen, gleichviel, ob auf ergangenes Interlokut, oder in Form eines Gegenbeweises; und

A) nichts bewiesen. Hier tritt der Grundsatz ein, wenn der Beweißführer nichts beweiset, wird der Probatar losgesprochen (actore non probante reus absolvitur), und das Resultat ist ganz das nämliche, wie das vorige, — für den Vermuthungshaber a) muß gesprochen werden, die Bedingung, unter welcher die Vermuthung juristische Gewißheit wird, ist dadurch erfüllet, der Vermuthungshaber hat unbedingten Kenntnißgrund seiner Rechte für sich.

B) Es wird etwas bewiesen, zwar wird

a) das Gegentheil vollständig dargethan.

Hier ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß ein dem vorigen entgegengesetztes Verhältniß eintretten müße, man müßte sonst die Natur eines Gegensatzes verkennen wollen. Im ersten Falle wird das Gegentheil nicht nachgewiesen,

---

a) Nicht eigentlich für den Beklagten. Man sehe Gönner jurist. Abh. Th. 1. Seite 94.

sen, — also die negative Bedingung erfüllt, unter welcher die Vermuthung als Gewißheit gedacht werden kann. Hier in diesem Falle wird das Gegentheil erwiesen, es wird juristisch gewiß dargethan, daß das Vermuthete mit seinem Vermuthungsgrund nicht zusammenhänge. — Wer sieht den Widerspruch nicht, und wer muß das daraus fliessende sich eben so nothwendig widersprechende Resultat nicht sehen, und daher die Folgerung ziehen, daß, wenn im ersten Falle für jenen, welchem die Vermuthung zur Seite steht, — für den Vermuthungshaber gesprochen werden mußte, im zweyten Falle nach einem nothwendigen Gesetze das Endurtheil zu Gunsten des Gegentheils, also gegen den Vermuthungshaber ausfallen müße.

Dazu wird nun freylich vollständiger Beweiß erfodert, und so verstehe ich die Gesetze, wenn sie augenscheinliche, offenbare Gegenbeweise (probationes in contrarium manifestas, evidentes, apertas) fodern a); denn ich kann mich nicht überzeugen, daß die Gesetze über den juristisch vollen Beweiß noch einen höhern Grad von Gewißheit verlangen sollen, sie wollen nur den Satz mit Energie aufstellen, daß die Bedingung ganz erfüllet, der Beweiß des Gegentheils völlig hergestellt seyn müße, auf daß der Richter unbedingten Erkenntnißgrund statt des vorhin bedingten überkomme. Aber wie dann?

a)

a) l. 14. C. de Contr. Stip. l. 24. D. de prob. l. 23. D. quod met. caa. etc.

b) Wenn der Beweis für das Gegentheil nicht vollständig hergestellt ward?

Hier wird man, wie bey jedem unvollständigen Beweise überhaupt, sehen müßen, ob der Beweis näher an die juristische Wahrheit anreiche, oder näher bey juristischer Unwahrheit zurückbleibe, dort Vermuthung für die Existenz, hier nur Verdacht für Existenz — Vermuthung für Nichtexistenz begründe (§. 12. u. 28.), und im erstern Falle wird auf den Erfüllungs-, im letztern auf den Reinigungs-Eid erkennt werden müßen, wie es mit mehrerem bey Beantwortung der zweyten Frage, wobey auch von den Wirkungen jener Vermuthungen die Rede seyn soll, welche unter positiven Bedingungen zur Gewißheit werden, erhellen wird. Ueberhaupt mag dieses für den Fall nur als vorläufige Bemerkung größtentheils angesehen werden; es haben hier die Grundsätze über Collision der Vermuthungen Anwendung, welche erst im zweyten Abschnitt entwickelt werden sollen, und auf die ich das mehrere verweise.

§. 52.

Wider diesen Gegenbeweis bey Vermuthungen ist neuer Gegenbeweis zuläßig.

Noch kann man nach den bekannten Satze der Praktiker „non datur reprobatio reprobationis, die Frage aufwerfen, ob wider solch' einen

einen Gegenbeweis bey angegebenen Vermuthungen (den Beweis des Gegentheils) jene Parthey, welche die Vermuthung für sich hat, nicht selbst wi der einen Gegenbeweis vornehmen könne? Beym ersten Anblick scheint ihm obiger Satz den Stab gebrochen zu haben. — Es würde mich zu weit führen, hier eine umständlichere Untersuchung des Satzes selbst aufzunehmen, ich begnüge mich mit dem für meinen Zweck nöthigen Resultat solch einer Prüfung.

Würden die Rechtsgelehrten das Interesse der Wissenschaft nicht verkennen, und jedem ihrer Begrife nur in strenger Bedeutung nehmen, unter Gegenbeweis genau den Widerspruch des Beweises sich denken, — so daß jener so ganz die nämliche Thesis verneinte, welche dieser bejahte, so würde der aufgestellte Satz seine volle Richtigkeit haben, ein Gegenbeweis gegen einen Gegenbeweis ließ sich rechtlich schon, nicht mehr denken, den Beweisführer bejaht eine bestimmte Thatsache, eben sie verneint der Gegenbeweisführer, und wollte nun ersterer neuerdings einen Gegenbeweis führen, was könnte er anders, als die nämliche Thatsache wieder bejahen? welches überhaupt keinen Zweck hätte, auch wenn er es durch neue Beweismittel zu thun befugt wäre, daß er doch aus dem Grunde nicht mehr könnte, weil er das neuaufgefundene abgerechnet, durch die Auswahl des ersten Beweismittel auf alle übrigen für die nämliche Beweisthesis rechtlich verzichtet hat.

Allein

Allein so genau nehmen es die Rechtsgelehrten mit dem Gegenbeweise nicht; -- nicht bloß den Gegensatz des Beweises — auch den Gegensatz des Endzwecks vom Beweise, weñ er nachgewiesen wird, neñen sie Gegenbeweis, und unterscheiden sie als zwey Arten einer, und derselben Gattung unter den Benennungen, direkter, und indirekter Gegenbeweis, und begreiflich ist es, daß die Folgen, welche auf die Natur von jenem — den strengen Widerspruch in Ansehung der Beweisthesis berechnet sind, nicht schon nothwendig auch auf diesen übertragen werden müssen, wie er denn auch wirklich im Gegentheil mit jenem, fernern Gegenbeweis nicht ausschliesset; so kann A die Existenz eines Vertrages darthun, B dagegen dessen Erfüllung nachweisen, und nichts steht dem A im Wege, daß er nicht neuerdings einen Gegenbeweis aufstelle.

Ein ganz gleiches Verhältniß wird in dieser Hinsicht noch um vielmehr von unsern in Frage stehenden Gegenbeweis behauptet werden müssen, da er schon gar im eigentlichen Sinne diesen Namen nicht verdient, sondern richtiger Beweiß des Gegentheils genennt werden kann, er bejaht Thatsachen als Ausnahmen von der durch Vermuthung aufgestellten Regel, und hebt deßwegen die Regel nicht auf, nur beschränkt er sie für den bestimmten Fall, die Beschränkung für diesen Fall kann durch Gegenbeweiß immerhin wieder verneint werden, und es geht also dadurch mehr vor, als bloß zweckloß wiederholte Bejahung der Regel, und der Grund, aus

dem

dem gegen direkten Gegenbeweiß kein . euer Gegenbeweis statt hat, fallt som:t hinweg.

Daß alles, was ich hier von gesetzlich qualifizirten Vermuthungen sagte, auch von jenen gelte, welche, obgleich nicht die Worte, doch der durch Analogie, und Entgegensetzung richtig gefolgerte Geist der Gesetze mit der nämlichen Qualität versah, bedarf um so weniger mehr einer Eriñerung, als ich sie schon mit in die Aufgabe setzt, und ich kann nun, da ich die Wirkungen der gesetzlich qualifizirten Vermuthungen hinlänglich durchgeführt zu haben glaube, — meine erste Frage beantwortet ist, zu der viel wichtigern zweyten übergehen.

§. 53.

II. Was wirken die gesetzlich nicht qualifizirten, und die nicht gesetzlichen Vermuthungen?

Sie können ebenfalls den Vermuthungshaber vor der Beweißlast befreyen.

Ich verbinde diese beyde, weil sie in Ansehung ihrer Wirkungen nur eine Art bilden, bey beyden sind sie gesetzlich unbestimmt, sind anderswoher bestimmbar. Auf Grundsätze muß ihre Bestimmung hinauslaufen, wenn nicht die aliem Rechte widersprechende Willkühr des Rich-

ters

ters in das Heiligthum der nothwendigen Rechts-verh ltniße eindringen, und selbes auf die manichfaltigste Weise entweihen soll. — Die Gesetze verlaßen ihn; Natur der Sache muß seine Basis — sein Bestimmungsgrund seyn.

Böhmer zerhaut den Knoten, nimt ohne weiters an. daß diese Vermuthungen alle den Beweis nur unterstützen a) und nie von der Beweislast befreyen, aber ich habe schon erinnert, daß es dieser Behauptung an Beweisen fehlt. (§ 38.)

Seiner Meynung scheint auch Tevenar zu seyn wenn er sagt: b) daß die (um mit ihm zu reden) gesetzmäsigen Vermuthungen so lange als wahr angenohmen werden, bis das Gegentheil erwisen ist, und die simpeln ihnen dadurch entgegen setzt, daß sie nicht (nach ihm) Interimswahrheit begründen; ich sage, er scheint denn wenn er uns bald hierauf den Satz aufstellet, c) wer gegen diese Vernunftsätze, und Rechtsvermuthungen etwas behauptet, ist schuldig das Gegentheil zu erweisen, weil der Satz nach Gründen der Vernunft für wahr gehalten wird, so giebt dieß einen schwer zu vereinigenden Contrast.

Grol-

---

a.) Cit. exercit. C I. §§ 9. et 10.
b) Theorie der Beweise im Civilprozeß. II. Kap. S. 29.
Ebendasselbst S. 36.

Grolmann verwirft die Behauptung Böhmers indem er über Vermuthung überhaupt sich so erklärte a) „ Wenn die Existenz des einen mit der des an-
„ dern — — — so innig verknüpft ist, daß ohne
„ Dazwischenkunft eigenthümlicher Ereigniße eine
„ Trennnng nicht angenommen werden kann, so
„ macht die Existenz des einen die andere solange
„ gewiß, bis die Ursache der Trennung bewiesen
„ werden kann.

§. 54.

Nicht alle diese Vermuthungen befreyen den Vermuthungshaber von der Beweislast.

Wir führten die Resul ate des unvollständigen Beweises gleichfals auf Vermuthungen zurück (§ 28.), z. B. die Aussage von einem klaßischen, — zweyen verdächtigen, — oder auch bloß einem verdächtigen Zeugen; sie liegen der Wahr- oder Unwahrheit einer Behauptung näher; — sind entweder Vermuthung für die Existenz der Thatsache, oder nur Verdacht für selbe, — sohin Vermuthung für die Nichtexistenz. Diese Vermuthungen gehören nicht unter die vom Gesetze dahin qualifizir-

a) Theor. des gem. gerichtl. Verfahrens rc. §. 90. --- Bemerken muß ich hier nur, daß Grolmann mit den Ausdrücken praesumtio juris, und Hominis einen andern Sinn verbinde, als ich, er sieht auf die Wirkung, nennt jene juris, welche die Beweißlast auf den Gegner überträgt, und setzt ihr praesumtionem hominis entgegen; ich aber unterschied sie in Ansehung der Quellen. (§. 45.)

fizirten, daß sie den Vermuthungshaber vom Beweise befreyen, und dem Gegner den Beweis des Gegenthe ls auferlegten.

Die Vermuthung für die Existenz hat den Erfüllungs = jene für die Nichtexistenz den Reinigungs= Eid zur Folge, und sowohl einen, als den andern muß die Parthey schwören, welche die Vermuthung für sich hat, und nicht die gegentheilige.

Es möchte wohl der Mühe lohnen, dächte ich, wenn man dem Grund dieser bestimmten Wirkungen auffinden könnte. Warum erkennt denn hier der Richter nicht auch auf Gegenbeweis? Warum muß z. B. derjenige, welchem die Aussage von einem klaßischen Zeugen entgegen steht, nicht zum Beweis von Thatsachen angehalten werden, welche diese Aussage für den bestimmten Fall entkräften? Warum alle dieses nicht geschehe, im Gegensatze mit den unter voriger Frage vorkommenden Vermuthungen soll durch folgende Reflexion begründet werden.

§. 55.

Gründe warum sie dieß nicht wirken.

Durch den Beweis bezweckt der Richter juristische Gewißheit der Streits Thatsache, um seinen Endzweck, die entliche Entscheidung des Falles darauf aufzubauen. — Seinen Zweck muß er errei-

chen; er darf von seiner Foderung vollgültige Kenntnisgründe von der geeigenten Parthey zu bekomen, nicht abweichen, wenigst muß er, wenn juristische Gewißheit nicht unmittelbahr vollständig hergestellt werden kann, die Bedingungen zu ihrer Vollendung zuverläßig innen werden, um so doch mittelbar — vermittels einer Verfügung auf Purifikation der Bedingungen, selbe zu gewinnen, und seinen Zweck erreichen zu könen. Ausserdem könnte der Richter weder unbedingt seinen Endzweck verfügen — endlich sprechen, es mangelte an unbedingten juristischen Kenntnißgrund, — noch bedingt, das heißt eine Verfügung trefen, welcher noch zuvor Genüge geschehen muß, bevor er endlich entscheiden kann; denn er kennt die Bedingungen nicht, die der Gegenstand seiner Verfügung werden sollen.

Die Bedingungen sind Thatsachen, sind die Grundlage von Rechtsverhältnißen, werden von jener Parthey nothwendig behauptet, zu deren bekannten Zweck sie im Verhältniß nothwendiger Mittel stehen. Nun ist es bey Bestimmung des Subjekts, welches beweisen müße, allgemeine, durchgreifende Regel; daß die Thatsache, welche einer, um daraus Rechte für sich abzuleiten, behauptet, auch dessen Beweiß-Thesis sey; diese beyden Grundsätze zusammen im Auge, bedarf es nur eines Rückblickes auf die Bedingungen unsrer oben aufgestellten Vermuthungen, um es einzusehen, daß hiebey nicht jener Parthey, welche die Vermuthung wider

sich

sich hat, der Beweiß des Gegentheils aufgebürdet werden könne, sondern ganz konsequent mit gegebenen Grundsätzen der Vermuthungshaber selbst die Bedingungen, unter denen seine Vermuthung zur Gewißheit wird, erfüllen müße; — oder wer kann es wohl verkennen, daß die Bedingung, unter welcher die Aussage eines klaßischen Zeugen gewiß wird, die nämlich, wenn gemäß der Foderung der Gesetze noch ein in allen gleichförmiges zweytes Zeugniß, oder sein gesetzliches Surrogat hinzukäme, — Thatsache sey, welche als Mittel zu seinen Zweck der Vermuthungshaber selbst noch nothwendig behaupten, sohin sie auch noch beweisen, — ergänzen muß.

§. 56.

Ausdehnung der angegebenen Grundsätze.

Wir haben nun Grundsätze aufgefunden, wodurch bestimmte Wirkungen gewißer Vermuthungen allerdings gerechtfertiget werden. — Die Grundsätze sind aus der Natur der Sache abgezohen, sie werden demnach wohl, wie ich denke, auch auf die noch unbestimmten, — durch Natur der Sache bestimmbaren Wirkungen aller Vermuthungen ausgedehnt werden müßen.

Alle Vermuthungen werden erst unter gewissen Bedingungen zur juristischen Gewißheit (§. 19.); bey allen muß sich der Richter über die Purifikation dersel-

derselben Ueberzeugung verschaffen, um unbedingten Bestimmungsgrund für die endliche Festsetzung streitiger Rechtsverhältniße zu überkommen (§. praeced.). Dargethan ist es (§. 50.), daß er dieses durch Reflexion nicht mehr könne; — es muß durch Verhandlung irgend einer Parthey geschehen. — Die Bedingungen beruhen auf Thatsachen, müssen von jener Parthey erwiesen werden, welche selbe behauptet, um daraus Rechte für sich abzuleiten, oder was in unserm Falle hiemit gleichbedeutend ist, zu derer bekannten Zwecke selbe im Verhältniß nothwendiger Mittel stehen, und hiedurch haben wir dem oben noch beschränkt gebrauchten Grundsatz, daß die Existenz der Thatsachen, welche Bedingungen sind, unter denen eine Vermuthung zur Gewißheit wird, jener beweisen müße, zu dessen bekannten Zweck sie im Verhältniß nothwendiger Mittel stehen, allgemeine Anwendbarkeit nachgewiesen.

Ich gebe vermischt hierüber einige Beyspiele: Eine Frau giebt Beyschlafsunfähigkeit von Seiten des Mannes vor; — des Mannes Körper ist ein organisches Ganze, wovon man unwillkürlich alle in seinem Begrif enthaltenen Theile, und Eigenschaften aussagt, man würde sie selbem nothwendig zutheilen müßen, ließen sich nicht Thatsachen möglich denken, die, wenn sie sich vorfänden, das Gegentheil darthun würden. — Daß sich wirklich so eine Thatsache vorfinde, eine Bedingung, unter

welcher das organische Ganze die ihm sonst eignen Theile und Eigenschaften nicht hat, muß die Frau als eine durch ihren Zweck gebothene Behauptung beweisen, sie als die Gegenparthey des Mannes, für welchen Vermuthung kämpft, muß den Beweis des Gegentheils führen (naturalia praesumuntur).

A dringt auf Herausgabe (Exhibitio) einer Urkunde vom B; er beweißt sein Interesse, beweist, daß B vor etwelchen Tagen die Urkunde besaß, — man vermuthet, er besitze sie noch. Der Gewißheit stehen nur noch bloß mögliche Thatsachen entgegen, — er habe sie verlohren, oder er besitze sie nun überhaupt nicht mehr, ohne eigentlich zu wissen, wie sie ihm entkam. — Etwas dergleichen muß B, wenn er behauptet, daß er sie nicht mehr besitze, gegen die Vermuthung beweisen, — zur Aushilfe den Exhibitions-Eid schwören.

Aber schon oben kam ein Beyspiel vor (§. 55.), daß die Bedingungen, unter welchen eine Vermuthung zur Gewißheit wird, nicht allzeit vom Gegentheil, sondern auch von dem Vermuthungshaber selbst bewiesen werden müßen; ich setze hier nur noch eines, und das andere bey. Semel malus semper praesumitur malus in eodem delicti genere; zur Gewißheit wird diese Vermuthung, wenn der Verbrecher in seinem bösen Hange fortfuhr, sich von seinen Leidenschaften beherrschen ließ, und auch bestimmt im fraglichen Falle das Verbrechen wieder begieng. Wer wird sagen,

gen, daß der einmalige Verbrecher, z. B. der Dieb bey jedem fernern Diebstahl beweisen müße, er habe für dießmal nicht gestohlen, er würde auf die Art wohl sein ganzes Leben in lauter Beweisen im Gefängniß zubringen müßen; daß er auch dießmal gestohlen habe, ist noch immer die unerwiesene Thatsache, die Behauptung dessen, welcher wegen den schon einmal verübten Diebstahl des Beschuldigten die Vermuthung des durch eben ihn auch für dießmal verübten Diebstahls für sich hat. — Der Vermuthungshaber muß beweisen nach ganz richtiger Consequenz aus unserm angegebenen Grundsatze.

Ein gleiches wird man auch im folgenden Falle behaupten müßen: Ein Frachtfahrer hat das Unglück, daß an einem abgelegenen Orte auf der Straße sein Wagen vom Blitze gezunden verbrenne; es war ein heiterer Sommertag, es hatte in der Gegend herum wirklich ein Donnerwetter. Asche findet sich an der angegebenen öden Stelle, lauter Umstände, welche die Zündung des Blitzes vermuthen lassen, muß nun vielleicht der Gegentheil den Beweis übernehmen, daß demungeachtet der Blitz nicht gezunden, und den Wagen verbrennt habe? er kann es, wenn er will, an dem ist wohl kein Zweifel, aber die Frage ist die, ob er es müße, so daß, wenn er keinen Beweis des Gegentheils aufbringt, oder aufbringen kann, die vom Frachtfahrer vorgegebene Thatsache als juristisch gewiß angenommen werden muß? und diese Frage

wird verneint; daß der Wagen wirklich vom Blitze gezunden, und abgebrennt sey, ist noch immer die unerwiesene Thatsache, die Behauptung des Frachtfahrers, wovon er seine Rechte abhängig macht, verhält sich zu seinem Zwecke, wie nothwendiges Mittel; — sie als die Bedingung, unter der seine Vermuthung zur juristischen Gewißheit wird, muß zur Aushilfe durch den Erfüllungs-Eid ergänzt werden. a)

§. 57.

Aufsuchung von Regeln zur Erkenntniß, welche Vermuthungen den Beweis des Gegentheils auf Seite der Gegenparthey wirken, und welche nicht?

Wir wissen es nunmehr aus Grundsätzen, welche Parthey die Purifikation der Bedingungen, unter denen Vermuthung zur Gewißheit wird, durch Beweis auf sich nehmen müße; jene nämlich, zu derer bekannten Zwecke die Thatsachen, welche selbe bilden, im Verhältniß nothwendiger Mittel stehen.

Aber noch haben wir das Bedürfniß einer allgemeinen Regel, vermittels welcher wir dieses Verhältniß bey jeder bestimmten Vermuthung genau unter-

---

a) Ein hieher passendes Beyspiel erzählt auch Stengel. — Pratisch-juristische Ausarbeitungen. Berlin 1799. 8. I. Band, III. Deduktion §. 130 — 152.

unterscheiden, und dadurch abnehmen können, ob die Bedingungen von der Parthey, für welche die Vermuthung kämpft, selbst, oder von der Gegenparthey, von jeder auf die eigne Weise bewiesen werden müßen, — um mich mit andern Worten auszudrücken, ob eine Vermuthung die Beweislast auf den Gegner hinüberschiebe, oder nicht?

Es läßt sich im voraus berechnen, daß die Regel aus der Natur der Bedingungen abgezohen werden müße. — Wir wollen einmal sehen.

Vermuthung besteht aus dem Vermuthungsgrunde, und dem Vermutheten, sie stehen mit einander im Zusammenhange (§. 21.), der Zusammenhang ist wahrscheinlich, kann nur unter Bedingungen juristisch gewiß gedacht werden (§. 19.); entweder so, daß man die Existenz von möglichen Thatsachen als die noch abgängigen Bedingungen zur rechtlichen Vollendung des Schlusses vom Vermuthungsgrund auf das Vermuthete noch in den Zusammenhang hineindenken, oder daß man die Nichtexistenz von möglichen Thatsachen ganz zum nämlichen Zweck in selben aufnehmen muß; letzteres läßt sich der Identität der Begrife unbeschadet, auch so geben: Die Existenz von möglichen Thatsachen, welche in den Zusammenhang gesetzt, selben zerstören würden, muß aus ihm juristisch gewiß hinweg gedacht werden.

Für

Für erstern Fall wird der Schluß so ausfallen: A hängt mit B rechtlich nothwendig zusammen, wenn die problematischen Thatsachen c. d. u. s. w. als die hiezu nöthigen Bedingungen gewiß existiren; — z B. die Aussage eines klassischen Zeugen mit dem ausgesagten, wenn noch ein zweytes in allen gleichförmiges Zeugniß, oder dessen gesetzliches Surrogat hinzukömmt. Für zweyten Fall wird man so schliessen müßen: F hängt mit G rechtlich nothwendig zusammen, wenn die problematischen Thatsachen m. n. u. s. w gewiß nicht existiren; z. B., daß ein organisches Ganze alle ihm natürlichen Theile und Eigenschaften habe, ist gewiß, wenn eine Naturkausalität nicht erscheint, durch welche gewiße Theile, oder Eigenschaften zerstört wurden. Hier ist also die Nichtexistenz von Thatsachen die Bedingung, unter welcher Vermuthung zur Gewißheit wird, die Bedingung ist negativ.

Dort dagegen ist es die Existenz von Thatsachen, die noch gesetzt werden muß, auf daß Vermuthung juristische Gewißheit werde, — die Bedingung ist positiv.

§. 58.

Festsetzung der aufgefundenen Grundsätze.

Und daraus erhebt sich die Scheidewand zwischen den Vermuthungen, welche die Beweislast auf den Gegner übertragen, und welche nicht, es gehen daraus die regulativen Prinzipien hervor. 1)

1) Vermuthungen, die unter negativen Bedingungen zur juristischen Gewißheit werden, befreyen den Vermuthungshaber von der Beweislast, sie werden gewiß, wenn das Gegentheil von der Gegenparthey nicht erwiesen werden kann.

2) Vermuthungen dagegen, welche die Erfüllung positiver Bedingungen zur Gewißheit macht, befreyen den Vermuthungshaber nicht vom Beweise, er selbst muß die Bedingungen (zur Aushilfe durch Eid) noch erfüllen, und die andere Parthey kann zum Beweise des Gegentheils nicht angehalten werden.

Man führe die Sache auf den allen Beweisen gemeinschäftlichen Grundsatz zurück, daß jeder die Thatsachen beweisen müße, die er behauptet, um daraus Rechte für sich abzuleiten, und man wird die Richtigkeit der aufgestellten Prinzipien unterschreiben.

Die vermuthete Thatsache ist die durch ihren Zweck gebothene Behauptung jener Parthey, welche die Vermuthung für sich hat, darauf gründet sie ihre Rechte: sie ist demnach, die Vermuthung für sie weggedacht, zweifellos ihre Beweiß-Thesis, — sie muß von ihr juristisch gewiß hergestellt werden; wird nun die dafür bestehende Vermuthung erst

dann

dann zur juristischen Gewißheit, wenn noch gewiße Thatsachen als existent hergestellt sind — unter positiven Bedingungen, so ist es einleuchtend, daß der Vermuthungshaber auch noch die Existenz von diesen Thatsachen darzuthun habe, da die von ihm zur Begründung seines Rechtsanspruches behauptete Thatsache erst dadurch (durch die Erfüllung der positiven Bedingungen) zur Würde juristischer Gewißheit erhoben wird, und der Beweiß dieser Bedingungen füglich als Surrogat der ursprünglich zu erweisenden Thatsache angesehen werden muß. Anders ist es bey Vermuthungen, welche unter negativen Bedingungen zur Gewißheit werden, wo die Gewißheit des Vermutheten schon so weit hergestellt ist, daß sie nur mehr durch Aufstellung juristisch gewiß existirender Thatsachen, die das Vermuthete nothwendig ausschließen, zerstörbar gedacht werden muß. Die erst noch mögliche Zerstörung der für eine Parthey bestehenden Gewißheit, die nur deßwegen Vermuthung heißt, weil sie noch zerstörbar rechtlich gedacht werden muß, liegt in der Tendenz zum Zwecke der Gegenparthey, ist ihre durch den Zweck bey Verzichtsvermeidung auf selben [gebothene] Behauptung, [selbe muß also durch sie geschehen, sie muß die Existenz von Thatsachen darthun, die das Vermuthete nothwendig ausschließen.

Wir haben nun allgemeine Regeln festgesetzt, vermittels welchen sich der Richter die bey jeder einzelnen Vermuthung vorkommende Frage, was

selbe

selbe wirke, mit Gewißheit beantworten kann, und haben dadurch die Eintheilung von Vermuthungen in solche, die unter positiven, und welche unter negativen Bedingungen zur juristischen Gewißheit werden, indem wir eben auf diesen Unterschied unsere Regel bauten, als vollwichtig gerechtfertiget.

§. 59.

Nähere Bestimmungen über den Beweis der Bedingungen, unter denen Vermuthung Gewißheit wird.

Wie es mit dem Beweise des Gegentheils bey eintretenden negativen Bedingungen zu halten sey, davon ist bereits unter der erster Nummer dieses Abschnitts bey Bestimmung der Wirkungen gesetzlich qualifizirter Vermuthung n gehandelt worden (§ 49 — 53.), welches hier um so gewißer volle Anwendung leidet, da die Bedingungen besagter Vermuthungen eben auch die nämliche negative Qualität an sich tragen, wie es unten als Anfang einer von jedem sonder Mühe fortzusetzenden Induktion einige Beyspiele bewähren werden.

Aber auch die positiven Bedingungen einer Vermuthung müßen erfüllet, die Thatsachen, aus welcher sie bestehen, vom Vermuthungshaber juristisch gewiß dargethan werden, und daüber nun die nähern Bestimmungen. Ich trage sie unter der

Abthei=

Abtheilung vor, welche die Entstehungsweise dieser Art von Vermuthungen möglich macht.

1) Die Vermuthung kann aus einem geführten eigentlichen Beweis, wie in dem schon öfters erwähnten Falle, aus der Aussage eines klaßischen Zeugen (noch anderer vieler möglicher Fälle nicht zu gedenken) hervorgehen; hier ist die Art der Erfüllung der Bedingungen — des vom Vermuthungshaber noch zu führenden Beweises auser Zweifel. Die Gegenparthey hat die Erlaubniß und das Recht einen Gegenbeweis zu führen, nicht benutzet, und folglich darauf eben so, wie der Vermuthungshaber auf jedes andere Beweißmittel, durch die Wahl eines bestimmten verzichtet, — und doch muß zur Vollendung seiner Vermuthung vom Vermuthungshaber noch ein Kenntnißgrund gegeben, — es muß von ihm bewiesen werden, daß die Vermuthung Gewißheit sey. — Diesen Widerstreit, der auf diese Art in unsre positive Gesetze kam, suchten eben sie wieder dadurch zu lösen, daß sie zwar die Verzichtsleistung auf ferneren Beweis bestehen ließen, doch dahin beschränktẽ, daß es der Verzichtsleistenden Parthey nur nicht mehr freystehen sollte noch selbst jede beliebige Art vom Beweis zu wählen, ohne selber übrigens die Aufbringung gar aller Kenntnißgründe — allen ferneren Beweis für diesen Fall abzusprechen; sie schrieben

ben hier ein bestimmtes Beweismittel vor, — einem nothwendigen Eid muß hier statt gegeben werden — dem Erfüllungs-, oder Reinigungs-Eid, je nachdem Vermuthung für Existenz, oder nur Verdacht für diese, sohin Vermuthung für Nichtexistenz begründet wunde.

2) Wenn aber Vermuthung schon in den ersten Verhandlungen der Patheyen liegt, und sich nicht auf einen eigentlichen geführten Beweis gründet, so kann freylich der Grundsatz des Verzichtes auf fernere Beweise nicht geltend gemacht werden. Hier bescheidet der Richter, dem es nur darum zu thun ist, Gewißheit der Streitthesis zu erlangen, unbekümmert, ob die Parthey hiezu die Vermuthung benützen wolle, oder nicht, auf Beweis derselben überhaupt; und es kömt nun darauf an, ob die Parthey durch einen andern vollen Beweiß die Vermuthung ganz entbehrlich machen wolle. — Sie kann sich aber auch schlechthin auf die bereits gegebene Vermuthung berufen, und sich gegen alle andre Beweisführung erklären, welches auch durch Erbiethung zum nothwendigen Eid geschehen mag; oder der Versuch eines andern Beweises kann vollends, ode zum Theil misglücken, und in diesen letzteren Fällen erscheint die Sache, wie von selbst einleuchtet, wieder unter dem oben angeführten Gesichtspunkte, die Parthey hat auf

freye

freye Auswahl eines ferneren Beweises verzichtet, sie kann die unerlaßbare Foderung an sie, juristisch-vollgültigen Kenntnißgrund für die entscheidende von ihr behauptete Thatsache anzugeben, nur mehr durch Abschwörung eines nothwendigen Eides erfüllen.

Die Untersuchung der Frage, was Vermuthungen überhaupt wirken? ist nun bis zum Ende gediehen. Sie fieng sich damit an, daß ich die sonderheitlichen Wirkungen in einigen bestimmten Fällen als Grundlage vorherschickte, um mit stätten Rücklick auf selbe desto sicherer das Gebäude allgemein geltender Grundsätze aufführen zu können, und endigt sich, wie ich glaube, zweckmäßig eben wieder mit einiger Umsicht im Reiche sonderheitlicher Fälle, um damit die angegebenen Grundsätze in etwas zu belegen.

§. 60.

I) Umsicht des ersten Grundsatzes a) in Ansehung der Natur, und Kunst.

Bey meinem Belege nehme ich zuerst den Grundsatz an die Hand, den ich oben als den ersten aufstellte, wenn nämlich Vermuthung unter negativen Bedingungen zur Gewißheit wird; ich ziehe einen Faden zur Anwendung, durch die Gebiethe der Natur, der Kunst, und der Rechte.

Daß

Daß ein Produkt der Natur alle ihm natürlichen Theile, und Eigenschaften an sich habe, und ihm nichts von allem abgehe, was zu den auf seine Natur richtig berechneten Bestimmungen erforderlich ist, bildet eine Regel, die auf Naturgesetzen beruhet, und die selben zukommende Gültigkeit hat. — Aber kein einzelnes Naturgesetz herscht in seinem Reiche unbedingt, und unumschränkt, sondern nur die Allheit der Naturgesetze; es kann eines durch das andere beschränkt, die Wirksamkeit des einen durch die des andern gehemmt werden; Aber Regel bleibt es denn doch noch, daß jedes thätige Gesetz seine Wirkung gewinne; Hemmungen sind Ausnahmen, wer Rechte darauf gründet, der mag sie beweisen; So müßte es bewiesen werden, daß der, welcher aussäete, nicht auch geärndtet habe, die Aerndte wird als Folge der Ausſaat vermuthet. — Ebenso werden auch Gesundheit, Integrität, Begattungs-Fähigkeit, und alle natürlichen Eigenschaften des Menschen- und Thierkörpers vermuthet; wer die Vermuthung gegen sich hat, der mag eine gegentheilige Behauptung erproben; und so, — an welchem Naturprodukte finden sich nicht Theile, und Eigenschaften vor, die man ihm nur durch Beweiß gewißer selben zerstörede Thatsachen absprechen kann?

Man sehe sich bey Kunstprodukten um, und auch hier wird man finden, daß jedes Bestimmungen an sich habe, die es nur Ausnahmsweise bey besondern eintretenden Ursachen auch nicht haben kann;

kañ; der Küuſtler hat ſie nach Zweckbegrifen gebildet, alles, was dazu dienlich iſt, wird bis zum Beweiſe des Gegentheils vermuthet; daß das Hau; Thore, Fenſter, die Uhr alle die Planmäßigen Räder, u. ſ. w. habe, iſt Regel, Ausnahmsbehauptungen können nur die Beweiß-Theſiis des behauptenden werden.

Die Sprache gehört hieher, jedes Wort iſt Produkt der Kunſt, zu dem Zwecke erfunden, um Begrife andern mittheilen zu können, man muß allererſt wißen, was ein Wort überhaupt für einen Begrif bezeichne, um insbeſondere den Begrif zu kennen, den ein ſprechendes Individuum hat, möglich iſt es, daß dieſer mit jenem nicht einſtimme, Aber Einſtimmunng wird vermuthet; Daraus fließt für den Interpreten die Regel, daß er vom Wortſine nicht abgehen dürfe, ohne ſich beſonderer Gründe gewiß zu ſeyn.

§. 61.

b) In Anſehung der Rechte.

Ganz gleiches Verhältniß hat es im Gebiethe der Rechtslehre, ſo wie bey Kunſt- und Naturprodukten, eben ſo werden auch hier die natürlichen Eigenſchaften die Zweck- und Geſetzmäße Einrichtung von Handlungen, welche Rechtsfolgen begründen, bis das Gegentheil nachgewieſen wird, vermuthet. — Wer behauptet, ein Teſtament ſey

richtig,

richtig, ungültig, ein Vertrag habe die gesetzlichen Bestimmungen nicht, ein Gesetz, ein Rechtsinstitut erreiche seinem Zweck nicht u. s. w. der muß seine Behauptung darthun.

Wer kann noch in diesen Vermuthungen die negativen Bedingungen verkennen, unter denen sie zur juristischen Gewißheit werden? und wer wird noch zweyfeln, daß nur diese den Grund abgeben, warum sie die Beweislast auf den Gegner übertragen? Man wird dieß um so weniger, wenn man selbst bey den dahin gesetzlich qualifizriten Vermuthungen, und den negativen, welche auf die Nichtexistenz von Thatsachen gehen, und bey denen diese Wirkung eben so ausgemacht ist, den nämlichen Grund wirksam erblicket. Dem die Pflichtmäßige Inventars Errichtung unterlaßenden Vormund wird Betrug (Dolus) zugemuthet, wenn er nicht Thatsachen aufbringen kann, welche ihm die Errichtung unmöglich machten a). Der durchstrichene Schuldschein zeugt Vermuthung eines Schulderlaßes, wenn nicht sonst ein Zweck des durchstreichens nachgewiesen wird b). Der Sohn, welcher dem Vater die Befreyung von der Vormundschafts Klage als Vermächtniß hinterließ, hat selbem nach einer gesetzlichen Vermuthung alles dadurch zu fodernde erlaßen, wenn nicht die Erben des Sohnes einen andern Zweckbegrif des Erblasers

---

a) L. 7. prooe; D. de. administ. Tut.
b) L. 24. D. de prob.

sers zu erweisen im Stande sind, a) daß die Braut, welche dem Eidam als Mitgabe versprach, was der Sohn ihr schuldet, von der Verbindlichkeit des Sohns, nicht des Vaters geredet habe, wird vermuthet, wenn nicht das Gegentheil nachgewiesen wird. b) Und so würden sich noch der Menge aufzählen laßen, aber als Anfang einer zu vollendenden Induktion genügen die angeführten, und da es mit den Vermuthungen für die Nichtexistenz einer Thatsache, wie Schankung, Veränderung, Thatsache wird nicht vermuthet, wenn nicht das Gegentheil bewiesen wird, ganz dieselbe Beschaffenheit hat, so werde ich hiebey nur noch einer Vermuthung für die Nichtexistenz, die von diesem Grundsatze zu exorbitiren scheint, zu erwähnen brauchen, um sie von dem Vorwurf einer willkürlichen Abweichung zu befreyen, und sie wenigst soweit mit ihm in Einklang zu bringen. Der sogenante weniger als halbe Beweiß (z. B. die Aussage eines verdächtigen Zeugen) erregt Verdacht der Existenz der ausgesagten Thatsache, aber unwahrscheinlich bleibt selbe denn doch noch, folglich die Nichtexistenz wahrscheinlich, sie wird vermuthet, und doch fällt die Beweißlast nicht auf den Gegner; — der Vermuthungshaber muß sich durch einen Eid vom Verdachte reinigen, er muß seine Vermuthung für die Nichtexistenz zur Gewißheit erheben. Aus dem Grundsatze, daß nichts Zweckloses verfügt werden dürfe, wird es einleuchtend,

a) L. 3. § 3 D. de liberat. leg.
b) L. 57. D. de jure dot.

ten, daß diese Vermuthung nicht mehr durch Gegenbeweis zerstört werden könne; aus dem unvollständigen vom Gegner geführten Beweise geht sie hervor. — Durch das gewählte Beweismittel hat der Gegner auf alle übrigen für die nämliche Beweißthesis rechtlich verzichtet, und die Wiederhollung des nämlichen Beweises durch das nämliche Mittel einem aufzulegen wäre zwecklos (§. 59.). Der Erfüllungseid kann ihm wieder nicht zugestanden werden, es liefe gegen dessen rechtliche Bestimmung, die bloß dahin geht, dem Vermuthungshaber zu dienen, — eine gegebene Vermuthung zur Gewißheit zu erheben; im unsern Falle aber müßte sie mehr leisten, als sie nach den Gesetzen leisten kann, sie müßte Unwahrscheinlichkeit zur Gewißheit umschaffen. — Ganz unbedingt kann aber denn doch auch wegen vorwaltenden Verdacht für Existenz, oder erst gegebener Vermuthung, nicht Gewißheit der Nichtexistenz, für diese nicht gesprochen werden, die Vermuthung muß zur juristischen Gewißheit dadurch gemacht werden, daß der Vermuthungshaber eine Handlung setze, durch derer Nichtgesetzt seyn das gesetzliche Ansehen der Verdachtsgründe bedingt ist, — daß er den Reinigungseid schwöre. So glaube ich auch diese Vermuthung vor dem Vorwurf einer Anomalie mit aufgestellten Grundsatze gerechtfertiget zu haben: und da im Falle, wo solch' eine Vermuthung vermittels Verdachtsgründen ohne von der Gegenparthey geführten eigentlichen Beweise entsteht, nur dann erst mit Grund diese Vermuthung zur Sprache kommen kann,

wenn die Thatsache, wofür bereits Verdacht zugegen, nicht von der geeigneten Parthey bewiesen wird, und so dieser Fall mit dem vorigen unter den nämlichen Gesichtspunkt zusammenläuft, so wird dieser Rechtfertigung auch Vollständigkeit nicht abzusprechen seyn.

§. 62.

2) Umsicht des zweyten Grundsatzes.

Auch für den zweyten Grundsatz, daß die positiven Bedingungen, welche, wenn sie purifizirt werden, Vermuthung zur juristischen Gewißheit machen, vom Vermuthungshaber selbst erfüllt werden müßen, sollen nur einige Beyspiele zum nämlichen Zweck, wie beym vorigen gegeben werden.

Man schließt vom Grunde auf die Folge, — von Bedingung auf bedingtes; aber die Wirksamkeit des Grundes ist meist bedingt, äussert sich nur, wenn gewiße Bedingungen gesetzt sind; — von einer Stalsfeder läßt sich annehmen, daß sie sich in ihre vorige Lage zurückversetzt habe, aber dargethan muß noch werden, daß ein Druck auf sie geschehen sey. — Daß eine Uhr gehe, kann vermuthet werden, sie hat nach den Gesetzen der Mechanik die Kraft zu gehen, aber sie muß aufgezohen seyn, wenn die Kraft wirken soll, die Vermuthung kann erst dann Gewißheit werden, wenn diese Bedingung gewiß gesetzt ist.

Ob.

Obgleich der Schluß von der Existenz des bedingten auf jene seiner Bedingungen untrüglich ist, so ist er es umgekehrt noch gar nicht, die existirende Bedingung macht sein bedingtes erst möglich — auch wahrscheinlich nach Umständen, aber soll der Schluß seine nöthige Untrüglichkeit erlangen, soll das bedingte auch wirklich werden, so kann dieß nur geschehen, wenn auch noch gezeigt wird, daß der Bedingung auch der Grund — die eigentlich zum Daseyn bringende Kraft coexistire. —

Es wird aus einem Hause etwas entwendet, man sah den Menschen aus selbem steigen, noch mehr, man findet auch wirklich die gestohlne Sache bey ihm, und vermuthet, wie natürlich, er sey der Dieb, man würde aber sehr verkehrt zu Werke gehen, wenn man dem vermuthlichen Diebe den Gegenbeweiß aufbürden wollte, daß er es nicht sey, und im Falle, er nicht damit aufkäme, ihn als wirklichen Dieb behandelte, indem die angegebene Vermuthung erst unter der positiven Bedingung zur Gewißheit erhoben wird, wenn selber im Hause, aus dem er stieg, die Handlung des entwendens der besessenen fremden Sache wirklich verübte; — Diese positive Bedingung muß noch von dem dargethan werden, der die Vermuthung für sich hat — von dem Bestohlnen, (nach unserer Kriminalverfassung übernimmt dessen Stelle der Staat). Der Staatsdiener, dem die Untersuchung der Verbrecher, und die Subsumtion peinlicher Fälle unter ihre Gesetze anvertraut ist, wird zwar mit seinem vollen

Rechte auf die Angabe, und den Beweiß eines andern Zweckes, als des, um zu stehlen, warum der beschuldigte im Hause war, und einer andern Erwerbsart dringen, er muß es sogar unmittelbar in der Funktion des Polizeyverwalters, weil aus fremden Häusern steigen in der Regel, ausser dem Fall eines erlaubten Zweckes, immer ein Polizey-Frevel seyn wird, und weil jeder die Erwerbsart einer gestohlnen Sache schon deßwegen angeben muß, um auf den Dieb zu kommen, wer er dann immer seyn mag, und mittelbar muß er es selbst zum Dienste seiner Untersuchung, auf daß der angeschuldigte dadurch leichter zum Geständniß bewogen werden könne; — aber wenn er nun nicht gesteht, auch über den Zweck, warum er im Hause war, und die Erwerbsart der gestohlnen Sache keine, oder doch nicht befriedigende Aufschlüße zu geben vermag, kann er schon für überwiesen geachtet, und als solcher behandelt werden? — Nimmermehr! die positive Bedingung der Vermuthung ist noch nicht dargethan; und da es hier ein unveräusserliches *) Recht gült, kann sie auch durch den Erfüllungseid nicht dargethan werden, so wie in einem ähnlichen bürgerlichen Falle die Sache damit abgethan seyn würde.

Noch

*) Ursprünglich giebt es zwar, wie ich glaube, kein unveräusserliches Recht, so wenig, als man Rechte gegen sich verletzen kann, aber die unveräusserliche Pflicht giebt es, gewiße Rechte nicht zu veräussern, sohin auch unveräusserliche Pflicht des Staates so einer Veräusserung die Garantie zu versagen; --- im Staate giebt es unveräusserliche Rechte.

Noch ein auffallenderes Beyspiel erlaube man mir unter den nämlichen Grundsatze zu subsummiren.

Bürger A wird erstochen; Bürger B sein Todtfeind geht zufällig an der Stelle vorüber, hört das Geröchel eines Sterbenden, — eilt hinzu, — sieht einen Menschen bluten, dem der Degen noch im Leibe steckt; — er zieht ihn heraus, — hierüber erwischt ihn die Wache, er wird eingezogen, inquirirt, — kann den Zufall nicht beweisen, — wird gerichtet. *)

Die Frage, ob er den Degen auch dem Entleibten in den Leibe stieß, blieb ungelößt, und gerade sie wäre die entscheidende gewesen; diese war die positive Bedingung, welche die obwaltende Vermuthung zur Gewißheit erhoben hätte, sie hätte man demnach dem vermuthlichen Verbrecher B beweisen sollen.

Daß ich hier Beyspiele aus dem peinlichen Rechte gewählt habe, that ich des höhern Interesse wegen, welches sie haben, und weil sich das gesagte mit den geeigneten Modifikationen auf bürgerliche Fälle gar leicht übertragen läßt. Man erinnere sich nur an den Fall, den ich oben (§. 56.) von einem Frachtfahrer gab, alle dort vorkommende Vermuthungsgründe für das verbrennen des Wagens

*) Ich erinnere mich irgend einmal, ich weiß nicht mehr wo, gelesen zu haben, daß sich so ein Fall in Paris wirklich zugetragen haben soll.

gens können diese Thatsache erst unter der positiven Bedingung als gewiß setzen, wenn der Bliz wirklich den Wagen traf, zündete, und verbrennte; diese Thatsache muß noch erwiesen, — durch den Erfüllungseid ergänzt werden.

Ich kann diesen Abschnitt nicht verlaßen, ohne noch einiges über die darinn vorgetragene Theorie zu erinnern. Ich habe bey Lösung der Aufgabe, was wirken Vermuthungen überhaupt? nicht die zwey Gesichtspunkte gesöndert, aus welchen man bisher die Sache ansah. So lange eine Vermuthung in den ersten Verhandlungen der Partheyen lag, fragte man sich, ob sie die Beweislast auf den Gegentheil übertrage, oder nicht? gieng sie aber aus einem geführten Beweise hervor, so glaubte man alles zu erschöpfen, wenn man sich fragte, ob nach Ausweiß der größern Wahrscheinlichkeit auf den Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid zu erkennen sey? Dagegen stellte ich die ganze Lehre überhaupt so vor, daß ich sagte: von welcher Parthey, und wie muß eine Vermuthung zur juristischen Gewißheit erhoben werden? Ließe sich nun darthun, daß meine Vorstellungsart einiges schiefe in der bisher üblichen berichtige, und im übrigen diese mit in sich begreife, man würde ihr das Verdienst Wahrheit, und Einheit in die Lehre gebracht zu haben nicht absprechen können; und dieses zu erproben halte ich mich auch allerdings befähigt. Vorerst läßt sich schon nicht absehen, wie eine, und dieselbe Vermuthung, z. B. für geschehenen Schuldnachlaß

wegen

wegen durchstreichen des Schuldscheins von Seite des Gläubigers, einmal aus den ersten Verhandlungen, das anderemal aus einer Beweisführung hervorgehend gedacht, dort die Beweislast auf den Gegner übertragen — Gewißheit werden soll, wenn nicht das Gegentheil nachgewiesen wird, und nicht eben so auch im letzterem Fall; — soll es hier vielleicht gar zu einen nothwendigen Eide kommen? oder wie wird denn da Vermuthung zur Gewißheit? — ich finde nirgends darauf Antwort, und Gewißheit muß sie denn doch werden, wenn sie vollgültiger Entscheidungsgrund seyn soll. Hier liegt also in der bisherigen Lehre eine Blöße, sie ist unvollständig, oder unrichtig; — unvollständig, wenn sie uns darüber gar keinen Aufschluß giebt, wie im letztern Fall Vermuthuug zur Gewißheit wird; unrichtig, wenn sie den nothwendigen Eid als Ergänzungsmittel annehmen wollte; denn eine und die nämliche Vermuthung jetzt dadurch zur Gewißheit werden laßen, wenn das Gegentheil nicht nachgewiesen werden kann, und jetzt, bloß wegen verschiedener Entstehungsart, die in der Sache nichts abändern kann, durch einen nothwendigen Eid, ist eine allen Grundbegriffen widersprechende Willkühr. Um diese Lücke auszufüllen unterschied ich zwischen Vermuthungen, die unter n e g a t i v e n, und solchen, die unter p o s i t i v e n Bedingungen zur Gewißheit werden, ließ jene, die ich ganz nach dem Fingerzeige der gesetzlich qualifizirten Vermuthungen in der Natur der Sache auffand, den Vermuthungshaber f ü r j e d e n F a l l vom Beweise befreyen,

freyen, — sie durch eine Nichtbeweißführung des Gegentheils durch die Gegenparthey zur Gewißheit werden; — und diese durch Angabe eines ferneren Kenntnißgrundes vom Vermuthungshaber selbst zur Gewißheit erheben, sie nie vom Beweise befreyen; und so haben wir nun ein einfaches Ganzes, für dessen Richtigkeit uns nebst den aus der Natur der Sache an seinem Orte angeführten Grundsätzen selbst die Uebereinstimmung mit vorgängiger Lehre bürget, so lange Vermuthungen von einer Beweißführung zur Sprache kommen; nur daß ich einen allgemeinen Kenntnißgrund in der negativen, oder positiven Qualität der Bedingungen statt des dem glatten Buchstabe einzelner Gesetze abgeborgten, sohin nie erschöpfenden angab, welchen man auch um so lieber mit mir annehmen wird, als ich bey seiner Aufsuchung genau, wie man wird gefunden haben, die gesetzlichen Bestimmungen, und nebenher die Natur der Sache im Auge beyhielt, und ihn davon abzoh. Aber wie nun, wenn Vermuthungen aus einem geführten Beweise hervorgehen, kömmt es da ebenfalls auf die gegebene Grundsätze an, um zu entscheiden, wer die Vermuthung zur Gewißheit erheben müße? ich glaube allerdings, und finde zum Theil auch hierinn Einstimmung mit der bisherigen Darstellung, man läßt bey einem unvollständig geführten Beweise, den Beweißführer, wenn er seine Thesis wahrscheinlich begründete — Vermuthung für die Existenz aufbrachte, den Erfüllungseid, dagegen, wenn er nur Verdacht für die Existenz erregte — die Gegenparthey die Vermuthung für

Nicht=

Nichtexistenz für sich hat, diese den Reinigungseid schwören, sohin allzeit den Vermuthungshaber noch einen Kenntnißgrund für die Wahrheit seiner Behauptung angeben, — ihn nicht vom Beweise befreyt seyn, und so sehen wir den einem Grundsatz, daß Vermuthungen, die unter positiven Bedingungen zur Gewißheit werden, den Vermuthungshaber nicht vom Beweise befreyen, auch nicht wenn sie aus einem geführten Beweise hervorgehen, in der bisherigen Lehre anerkannt, man müßte nur die nothwendigen Eide aus dem Grund für keine Beweise gelten laßen, weil in der Beweißführung ein rechtlicher Verzicht sowohl auf Gegen- als ferneren Beweiß (neu aufgefundenes abgerechnet) liegt; aber es sind doch neue Kenntnißgründe, werden von den Partheyen vorgebracht, — die Partheyen beweisen; nur ward zur Auflösung des Widerstreits, worinn sich die Gesetze in diesem Fall befanden, keine Wahl eines Beweismittels der Parthey mehr zugestanden, sondern sehr konsequent das den wenigsten Weitläufigkeiten unterworfene Mittel — der Eid nothwendig gemacht. (§ 59)

Ebenso finde ich auch meinem zweyten Grundsatz daß eine Vermuthung, welche unter negativen Bedingungen zur Gewißheit wird, auch für den Fall, wenn der Vermnthungsgrund erst bewiesen werden mußte, den Vermuthungshaber vom Beweise (Erhebung seiner Vermuthung zur Gewißheit) befreye, nicht gegen die bisherrige Darstellung, oder wird man wohl lieber Verstoß

gegen

gegen die Natur der Sache, und Widerspruch mit sich selbst in den Gesetzen, und Meynunge der Rechtsgelehrten annehmen wollen? — oder was könnte es wohl anders, als Widerspruch seyn, wenn sie einmal eine Vermuthug dadurch zur Gewißheit werden laßen, daß das Gegentheil nicht erwiesen werde, -- wenn sie selbe den Vermuthungshaber vom Beweiß befreyen laßen; einandersmal die nämliche Vermuthung oder eine gleich bedingte nicht auf die nämliche Art zur Gewißheit emporbringen, — den Vermuthungshaber vom Beweis nicht befreyen laßen. — Der Verzicht, der in der Beweisführung auf den nicht gleich mitgeführten Gegenbeweiß liegt, kann nie die Natur einer Vermuthung umschaffen, nur soviel kann er wirken, daß nicht eigens mehr vom Richter auf Beweis des Gegentheils interloquirt werden darf, indem ihm der nöthige Kenntnißgrund für die Gewißheit der Vermuthung, daß nämlich das Gegentheil nicht erwiesen werden kañ, schon durch den Verzicht gegeben ist; (§ 50) Daß dieses da wieder eine Ausnahme leide, wo der Grundsatz eines Verzichts ans der Ursache nicht wirksam wird, weil der Beweis des Gegentheils erst nach geführten Beweise des Vermuthungsgrundes, entweder schon überhaupt, oder wegen irgend etwas neu aufgefundenen möglich wird, versteht sich wohl von selbst.

Hiedurch glaube ich meine Theorie über die Wirkung der Vermuthungen überhaupt noch gegen einige mögliche Einwendungen hinlänglich salvirt,

virt zu haben, und ich gehe an die Bestimmung ihrer Wirkungen im Falle, daß ihrer mehrere zusammentreffen (in concursu plurium).

II. Abschnit.

Von
Den Wirkungen der Vermuthungen
im
Zusammentrefungs Falle mehrerer.

§. 43.
Eingang.

Mehrere Vermuthungen sind gegeben. — Es laßen sich hiebey die Fälle denken:

1.) Die Zwecke, auf welche sie hin wirken sind sich coordinirt, jeder besteht für sich, sie haben nichts mit einander gemein, und so müßen folglich auch die Vermuthungen, die in der Tendenz zu ihnen wirken sich in der Art coordinirt seyn, daß jede in ihrer Spähre, ganz

ganz abgesehen von der andern die ihr eigne Wirkung gewinne, man denke sich den Fall, daß eine Vermuthung für den Abschluß eines Vertrags, und zugleich eine für die Purifikation der demselben angehängten suspenßiven Bedingungen, vorwalte. Daß von diesem Falle hier nicht die Rede seyn könne, leuchtet von selbst ein, jede einzelne Vermuthung ist hier als selbstständige Einheit zu betrachten, kömmt mit der andern nicht in Berührung, und die Frage über ihre Wirkung, beantwortet der vorige Abschnit.

2) Mehrere Vermuthungen sind gegeben, sie wirken nicht in paralellen verschiedenen Richtungen, wie die im ersten Falle, — sie trefen zusammen (concurrunt) und zwar entweder in der Art;

I. Daß ihre Wirksamkeit, obgleich zu nächst auf verschiedene Zwecke gerichtet, am Ende doch auf einen Gemeinpunckt — einen, und denselben Eenzweck hinauslauft, (Concursus cumulativus); oder so,

II. Daß sie zwar ebenfalls auf einen gemeinsammen Punkt hin wirken, doch im Verhältniß, wie Kraft und Gegenkraft, — daß sie in entgegengesetzter Richtung zusammentrefen, (concusſus collidens — collisio). Diese Bestimmung der Wirksamkeit der Vermuthun=

muthungen für diese beyden Fälle habe ich mir in diesem Abschnite vorbehalten.

§. 64.

I. Wirkung zusammentrefender Vermuthungen in der Tendenz zu einen und denselben Endzweck.

Auch mehrere Vermuthungen geben keinen vollen Beweis.

Mehrere Vermuthungen sind eben soviele Größen zur Auflösung eines und deßelben Problems, sie trefen zum nämlichen Endzweck zusammen; Uber die Wirkung jeder für sich einzeln betrachtet kann hier nicht mehr die Rede seyn; nur die einzige Frage wird hier beantwortet werden müssen, welche sich die Rechtsgelehrten aufwerfen, ob die auf diese Weise zusammentrefende mehrere Vermuthungen nicht etwas leisten, was eine allein nicht leisten kann, ob sie nicht dem Richter vollendete juristische Gewißheit, — vollen Beweis verschafen können? eine Frage, die allerdings nicht wenig täuschendes hat, wie leicht möchte man nicht glauben, eine Thatsache, die von mehreren Seiten wahrscheinlich ist, sey für den Juristen immerhin genügend gewiß? Und wirklich hat diese Meynung einen recht sehr bedeutenden Gewährsmann für sich; — Grolman erklärt sich für sie a) —

Laßt

Laßt uns nnn sehen, ob wir auch mit ihm einstimmen können.

Mehrere Vermuthungen sollen nach der Voraussetzung einen vollen Beweiß geben, juristische Gewißheit herstellen. Eine Vermuthung bringt sie nur in soweit zu Stande, daß erst noch gewiße Bedingungen als existirend, oder nicht existirend zu ihrer Vollendung gesetzt werden müßen, es bleibt noch bedingt, — ein Problem, ob die vermuthete Thatsache auch gewiß sey. -- Jede andere Vermuthung für sich wirkt ganz das nämliche, liefert ein gleiches Resultat; man addire gleiches zu gleichen, die Summe ist eine grössere Zahl, — die Resultate werden vervielfältigt, aber nicht geändert, auch nach der Addition von mehrern Vermuthungen bleibt es noch bedingt, ob die Thatsache, wofür sie stehen, gewiß sey; Bisher wird man also Grolman nicht beystimmen können. — Aber die Sache läßt sich noch unter einen andern Gesichtspunkte faßen; Grolman that es, iedem er sagt, a) „so oft die Zweyfel, welche „jeder einzelnen derselben (Vermuthungen,) ent„gegen gestanden haben würden, durch ihre „Verbindung wechselweise befriedigend auf„gehoben werden,„ machen die mehrere Vermuthungen einen vollständigen Beweis aus: — er glaubt also, es könne geschehen, daß die Bedingungen, unter denen eine Vermuthung zur juristi-

a) Theorie des gem. gerichtl. Verfah. § 90.
a) a. a. O.

ristischen. Gewißheit wird, durch eine oder mehr andere Vermuthungen erfüllet, — die Zweifel befriedigend aufgehoben würden. Aber, wie kann durch Vermuthung eine Bedingung als existirend, der nicht existirend mit juristischer Gewißheit gedacht werden? Sie, die nur wieder unter Bedingungen gewiß werden können, sollen eine Thatsache — die Bedingung einer andern Vermuthung mit der Würde der Gewißheit versehen können? — Es ist unmöglich! Problem wird nie durch Problem gelößt, Ungewißheit immermehr durch Ungwißheit zur Gewißheit umgeschaffen, — kein Zweifel kann je durch Vermuthung befriedigend gehoben werden.

§. 65.

Fortsetzung.

Noch giebt Grolman eine Vergleichung, um seine Behauptung durchzusetzen; — der Gewinn durch selbe soll sich zeigen; wir wollen ihn selbst reden laßen, er sagt a) „es leidet dieß „um so weniger einen Zweifel, da man sogar, „weil jedes einen unvollständigen Beweis wirken„de Beweißmittel nur eine Vermuthung begrün„det, mit Recht würde behaupten können, daß „jeder zusammengesetzte volle Beweiß (also auch der „Zeugenbeweiß) durch die Verbindung mehrerer „Vermuthungen zu Stand komme.„ Nur für Gewohn-

a) Theorie des gerichtl. Verfah. ꝛc. §. 90.

wohnheit erklärt er es, daß man hi nicht von einem vollständigen Beweiß aus Vermuthungen redet; allein ich dächte, es könnte doch wohl mehr, als Gewohnheit seyn! und da wir das Ansehen positiver Gesetze, nicht den reinen Grundsätzen unterordnen dürfen, so finden wir auch, daß es so ist. — Der zusammengesetzte volle Beweis verdankt seine Vollständigkeit nicht der Zusammensezung mehrerer Vermurhungen, er verdankt sie positiven Gesetzen, wie es ins besondere mit dem Zeugenbeweiß der Fall ist; Eingleiches läßt sich aber nicht von Zusammensetzung aller Vermuthungen behaupten. Wohl ist es möglich, daß durch dergleichen Verbindung mehrerer Vermuthugen | die Sache der Gewißheit näher gebracht, die Vermuthung dringender werde; aber dieß ist hier ohne praktischen Nutzen, — sie bleibt doch noch Vermuthung, welche dem Richter keinen Bestimmungsgrund für Entscheidung, sondern nur zu einer dieser untergeordneten Verfügung abgeben kann, welche nch Ausweis der im ersten Abschnit gegebenen Grundsätze bald eine Verfügung auf den Beweis des Gegentheils, bald auf Purifikation der positiven Bedingungen, unter denen Vermuthung zur Gewißheit wird, seyn kann, gerade so, wie wie wir es, als die Wirkung einer Vermuthung überhaupt, und einzeln betrachtet angegeben haben. Das Zusamentrefen mehrerer Vermuthungen bringt demnach in den Wirkungen noch keine Abänderung hervor; und wir haben nur noch zu untersuchen, was eine Collision zu bewirken im Stande sey.

§. 66.

§. 66.

II. Wirkung der in entgegengesetzter Richtung zusammentrefenden Vermuthungen.

Bestimmung der Aufgabe.

Genauigkeit einer Auflösung steht mit der Genauigkeit der Aufgabe im geraden Verhältniß, die Bestimmtheit von dieser giebt jener die ihrige.

Die Wirkungen mehrerer Vermuthungen stehen in Frage, wenn sie sich in entgegengesetzter Richtung begegnen, — eine Collision unter ihnen entsteht. In entgegengesetzter Tendenz müßen sie sich also begegnen, — wie Kraft, und Gegenkraft auf einander stossen, wenn von einem Collisionsfalle die Rede seyn will; — Es muß das Wechselverhältniß unter ihnen statt haben, daß die Wirksamkeit der einen bedingt sey durch die Nichtwirksamkeit der andern — die eine nur dann wirken könne, wenn die andere nicht wirket. — Wer säet, der ärndtet, ist eine Vermuthung; der Bewohner einer Gegend, die größtentheils den Hagelschlag hatte, ärndtet nicht, ist die zweyte der vorigen entgegengesetzte; — diese wirket, wenn jene außer Wirksamkeit gesetzt, — und so umgekehrt jene, wenn es diese ist; das beschriebene Wechselverhältniß trit hier ein, die zwey Vermuthungen collidiren sich. Die Nichtexistenz eines Schulderlasses, als einer Thatsache wird vermuthet; der Schuldschein

wird durchstrichen, und man vermuthet die Existenz desselben; das Bestehen der Wirksamkeit der einen hemmt nothwendig die Wirksamkeit der andern, sie collidiren sich.

Bey bestimmten Wechselverhältniß von Vermuthungen, wo immer, wenn eine wirket, die Wirksamkeit der andern nothwendig ausgeschloßen wird, kann demnach die Aufgabe nicht mehr die seyn, was collidirende Vermuthungen wirken? Die Auflösung hievon ist durch die Angabe von den Wirkungen der Vermuthungen überhaupt, schon geschehen, dort ward es bestimmt, was jede nach der verschiedenen Qualität ihrer Bedingungen wirke, und durch Collision wird die Natur der Bedingungen nicht abgeändert; nur die Frage wird man sich beantworten müßen, ob überhaupt eine, und welche aus mehrern in Collision stehenden Vermuthungen ihre Wirksamkeit äußere?

Die Wichtigkeit dieser Frage bedarf wohl keiner Erinnerung; daß die Antwort eben so gar leicht nicht sey, mögen vielleicht Alziat a), und Menoch gefühlt haben, jener that noch das klügste, er schwieg ganz davon; dieser liefert einen Reichthum von Regeln b) (es sind derselben gegen zwanzig) aber bey allen diesem Ueberfluß wird der Rechtsgelehrte bey einer wirklichen Auflösung so eines Falles sich

a) Tract. de praes.
b) Comment. de praes. etc. lib. I. Quaest. 29.

sich noch sehr verlaßen, sehr dürftig fühlen; den Beweis hierüber hat schon Böhmer geführt, der in einem eigenen Kapitel die mehrsten von Menochs Regeln als unrichtig, oder wenigst unbefriedigend, und unnütz verwarf a). Und selbst Böhmer macht die Erörterung dieser Frage noch lange nicht überflüßig; die Wahrheit hievon muß aus der ganzen Untersuchung hervorgehen, oder ein eigens geführter Beweis fördert sie gleichfalls nicht zu Tage. — Ich gehe an die Untersuchung.

§. 67.

Ob überhaupt eine aus mehrern collidirenden Vermuthungen wirke?

Ein Rückblick auf die Genesis einer Collision (§. 66.) von Vermuthungen überzeugt uns bald, daß bey zweyen in Collision stehenden Vermuthungen, eine, und dieselbe Thatsache einmal bejahend, und das anderemal verneinend wahrscheinlich ausgesagt werden müße, — die beyden Vermuthungen müßen einen Widerspruch bilden; und wie leicht möchte man dadurch verleitet werden zu glauben, die beyden Vermuthungen heben sich einander ganz und gar auf, und der Fall einer Collision von selben sey zugleich der Fall, wo keine zur Ausübung ihrer Wirksamkeit gelangen könne; und wirklich! behaltet man das vermuthete allein im Auge, so

 würde

a) Exercit. ad Pand. Exercit. 66. de collis. praesumt. Cap. III.

würde man dieses auch offenbar behaupten müßen, — von zwey widersprechenden zusammengedacht kann keines bestehen. Aber zum Glück besteht eine Vermuthung nicht aus dem vermutheten allein, jedes vermuthete setzt einen Vermuthungsgrund voraus, vielleicht läßt sich davon Rettung für die Wirksamkeit einer aus zweyen collidirenden Vermuthungen erwarten.

Es läßt sich nun denken, daß auch die Vermuthungsgründe einen Widerspruch bilden; — daß eine und die nämliche Grundthatsache gegeben, — einmal positiv, und das anderemal negativ gesetzt sey, — ein klaßischer Zeuge die Existenz, ein anderer klaßischer Zeuge die Nichtexistenz einer und der nämlichen Thatsache aussage, und in diesem Falle ist die Sache ganz verdorben, keine Erhaltung für die Wirksamkeit auch nicht einer dieser Vermuthungen läßt sich mehr erwarten; — keine der in Collision stehenden Vermuthungen kann hier wirksam seyn.

Aber, wenn die Vermuthungsgründe sich nicht wie Kraft, und gleiche Gegenkraft zu einander verhalten, sich nicht einander aufheben, obgleich sie übrigens die Prämißen zu einen widersprechenden wahrscheinlichen Schlußsatz sind, dann ist es noch denkbar, daß eine aus den in Collision stehenden Vermuthungen ihre Wirksamkeit gewinne, und daran reiht sich nun die Aufgabe.

§. 68.

§. 68.

Welche aus sich collidirenden Vermuthungen äußert ihre Wirksamkeit?

Die sich in Ansehung der andern verhält, wie Ausnahme zur Regel.

Würde sich zwischen zweyen in Collision stehenden Vermuthungen das Verhältniß vorfinden, daß eine die Regel, die andere die Ausnahme hievon machte, die Frage wäre ohne Schwierigkeit dahin gelößt, daß jene die der Natur ihrer Bedingungen angemessene Wirkung hervorbringe, welche die Ausnahme machte. So wenig mir auch dieser Satz widersprochen werden wird, so muß ich ihn hier doch begründen, zum Theil schon aus der Ursache, weil Gemeinsätze nicht auch schon deßwegen Grundsätze sind, sondern oft nur mit usurpirten Ansehen wider das Interesse der Wissenschaft dafür gelten, hauptsächlich aber (da dieses hier eben der Fall nicht ist) der Dienste wegen, die uns diese Begründung tiefer unten leisten solle

Regel, Ausnahme, — für sich hat keiner dieser Ausdrücke Sinn; erst in wechselweiser Beziehung auf einander bekommen sie Bedeutung; es hat ein Wechselverhältniß zwischen ihnen statt, eine ist die Bedingung der andern. — Ist Ausnahme in irgend einem bestimmten Falle thätig, so kann es Regel nicht

nicht seyn, und so umgekehrt schließt die Wirksamkeit dieser die Wirksamkeit jener aus; aber man glaube nur deßwegen nicht, daß ihr Verhältniß gegenseitig ganz gleich, und das nämliche sey; — der Fall einer Ausnahme muß nothwendig an sich mit unter der Regel begrifen gedacht, und nur aus einer besondern Ursache dieser Unterordnung ungeachtet, nicht darnach bestimmt werden; Regel kann nicht unter Ausnahme begrifen — sie muß als Prinzip zur Bestimmung einer ganzen Gattung von Fällen auf alle wirkend so lange gedacht werden, bis auf einen oder den andern darunter an sich gehörigen Fall eine besondere Ursache einwirket, und ihn nach sich, nicht nach der Regel mehr bestimmt; Regel demnach auch im Falle der Ausnahme wirksam denken würde ganz die Ausnahme, und somit auch den Begrif der Regel vernichten; — würde sich also eine Vermuthung zu einer andern mit ihr collidirenden wie Ausnahme zur Regel verhalten, so würde jene, welche die Ausnahme bildet, vor dieser, welche die Regel ausmachte, ihre Wirksamkeit äußern; und erst dann, wenn diese Vermuthung durch ihre Wirkung in ihr nichts verfiele, — der Fall der Ausnahme nicht statt fände, könnte die Regel sich wieder in ihrer Aktivität behaupten. Die angegebene Aufgabe löst sich nunmehr in folgende zwey auf:

1) Die Frage zu beantworten, ob sich Vermuthungen je auf bestimmte Art zu einander verhalten? und dann

2)

2) einen Grunsatz aufzustellen, wodurch dieses Verhältniß in jedem möglichen Collisionsfalle erkennt werden kann.

§. 69.

1) Stehen zwey sich collidirende Vermuthungen je im Verhältniß der Ausnahme zur Regel?

Diese Frage wird bejahet.

Schon, wenn wir die Natur der Bedingungen bestimmter Vermuthungen, unter denen sie zu Gewißheiten erhoben werden, zu Rathe ziehen, wird sich gegen das Daseyn so eines Verhältnißes zwischen zwey sich collidirenden Vermuthungen nichts einwenden laßen. Im vorgängigen Abschnit (§. 57.) zeigten wir, daß es Vermuthungen gebe, die unter negativen Bedingungen zur Gewißheit werden, unter der Bedingung nämlich, wenn nicht Thatsachen als existent erscheinen, welche die vermuthete Thatsache nothwendig ausschließen; man setze nun den Fall, es wäre für die Existenz so einer Thatsache, durch derer Nichtexistenz irgend eine Vermuthung bedingt ist, gleichfalls Vermuthung gegeben, und wir hätten, was wir suchten, — das gefoderte Verhältniß; der Fall der zweyten Vermuthung stünde an sich unter der erstern, nur die Existenz einer

gewis-

gewißen Thatsache, als einer besondern Ursache, schlösse selbe davon aus, versetzte sie mit ersterer in das Verhältniß der Ausnahme zur Regel.

Dagegen haben wir nun freylich mehr noch nicht, als so viel gewonnen, daß in Collision stehende Vermuthungen dieses Verhältniß zu einander haben können, ob sie es auch wirklich haben, ist noch unentschieden, wir werden also zur Begründung der Wirklichkeit nun mehr Beyspiele anführen müßen. Die Nichtexistenz einer Thatsache, — Schankung, — eines Schulderlaßes wird vermuthet; ein klaßischer Zeug sagt die Existenz einer Thatsache aus, — es wird Thatsache, es zahlt jemand mit Wissen eine Nichtschuld, — es wird Schankung a), der Gläubiger durchstreicht den Schuldschein b), — es wird Schulderlaß vermuhet. Zahlung wird nicht vermuthet, aber die Zurückgabe des Schuldscheins begründet eine Vermuthung für Tilgung der Schuld c); und so könnte ich noch der Beyspiele viele andere anführen, aber schon die bürgen mir dafür, daß man es nicht verkennen werde, daß die den erstern entgegengesetzte letzteren Vermuthungen, ihre besondere Begründung weggedacht, für sich unter den erstern begrifene Fälle enthalten, und sich sohin zu selben, wie Ausnahmen zu ihren Regeln verhalten. Es giebt also sich collidirende Vermuthungen, die zu einander

das

a) l. 62. D. de cond. indeb. — l. 9. C. eod,
b) l. 24. D. de prob.
c) l. 14. et 15. C. de solut.

das Verhältniß, wie Regel, und Ausnahme haben; und es wird zur Vollendung der Aufgabe nur mehr ein Grundsatz vermißt, der uns eine Norme an die Hand giebt, nach der wir es uns in jedem sonderheitlichen Falle mit Bestimmtheit sagen können, ob dieses Verhältniß zwischen zweyen in Collision stehenden Vermuthungen statt finde, oder nicht; und auch dieser dürfte sich vorfinden.

§. 70.

2) Kenntnißgrundsatz für dieses Verhältniß.

Ausnahme, — Regel sind sich wechselweise negative Bedingungen ihrer Wirksamkeit, die eine ist wirksam in einem bestimmten Falle, wenn es die andere nicht ist (§. 68.), und in so weit ist ihr Verhältniß zu einander noch ganz gleich, noch sind uns dadurch keine Merkmale gegeben, welche uns vermittels Abstraktion den aufzusuchenden Grundsatz gewährten; wir werden zu dem Ende noch näher in das Verhältniß der Ausnahme zur Regel eindringen müßen. Dieses geschah bereits schon oben, (§ 68) wo wir den Satz aufstellten, daß der Fall einer Ausnahme an sich nothwendig mit unter der Regel begrifen gedacht werden müße, und nur aus einer besondern Ursache dieser Unterordnung ungeachtet, nicht darnach bestimmt werde; man denke sich demnach Regel- und Ausnahme-Vermuthung — jede in einem Urtheile ausgedrückt, so werden

die

die Prädikate beyder Urtheile einen Widerspruch bilden, sonst würde schon gar Collision nicht denkbar seyn, das Subjekt aber der Regelvermuthung muß der höhere Begrif seyn, worunter das Subjekt der Ausnahmevermuthung steht, oder, was eines, und dasselbe ist, dieses muß sich zu jenem verhalten, wie Art (species) zur Gattung (genus); — Thatsache wird nicht vermuthet, ein klaßischer Zeuge sagt ein bestimmtes A aus, und das bestimmte A wird vermuthet; Thatsache ist der Gattungsbegrif von allem, was geschieht; A ist eine Art dieser Gattung, — das Subjekt im Urtheile der Ausnahme-Vermuthung verhält sich zum Subjekt der Regel-Vermuthung, wie Spezies zum Genus. Wenn es sich nun dem zu Folge bey zweyen sich collidirenden Vermuthungen frägt, ob sie sich zu einander wie Regel, und Ausnahme verhalten, und welche hievon die Ausnahme, welche die Regel ausmache, so setze man beyde Vermuthungen in Urtheilen ausgedrückt sich gegenüber, halte beyde Subjekte gegen einander, und frage sich, ob sie sich wie Gattung und Art verhalten, und welches dann den Begrif der Gattung, — welches den der Art für sich in Anspruch nehme, und das Resultat dieses vergleichens ist die Auflösung unsrer Aufgabe, — ist der Kenntnißgrundsatz für angegebenes Verhältniß zwischen zweyen sich collidirenden Vermuthungen.

§. 71.

Fortsetzung.

Aber noch scheint die Sache nicht befriedigend abgethan zu seyn, man wird mir einwenden, daß die gegeneinander zu haltenden Urtheile nur selten, oder vielleicht gar niemal auf angegebene Weise vorkommen, und wird mich fragen, wie ich wohl selbst meinen Grundsatz auf die Fälle anwenden würde. Schankung, — Schulderlaß, — Bezahlung wird nicht vermuthet, und Schankung — und Schulderlaß, — Bezahlung wird vermuthet, wenn einer eine Nichtschuld wißentlich zahlte, -- den Schuldschein durchstrich, — den Schuldschein zurückgab? Hier ist das Subjekt der gegenseitigen Urtheile eines und daßelbe keines ist Gattung keines ist Art. Ich kann es nicht läugnen, daß der aufgestellte Grundsatz hier keine unmittelbare Anwendung leider, nur würde man zu weit gehen, wenn man ihm deßwegen schon gar alle Anwendbarkeit absprechen wollte. Man frage doch einmal nach dem Grunde, auf welchem die erstere der aufgezählten Vermuthungen, Schankung, Sulderlaß, Bezahlung wird nicht vermuthet, beruhen? und man wird darauf zurückkommen, daß Thatsachen überhaupt nicht vermuthet werden; wie wäre es, weñ bey unserer Aufgabe dieses Urtheil den vorigen einzelnen als gleiches dem gleichen substituiret werden müßte, dann würde sich doch wohl vermittels dieser Substitution, — also mittelbar obiger Grundsatz auch hier anwenden laßen; die Subjekte

jeckte in den Urtheilen: Schankung, — Schulderlaß, — Bezahlung wird vermuthet, stehen doch zu dem Subjeckte des Urtheils, Thatsache wird nicht vermuthet, im Verhältniß der Arten zur Gattung? Daß aber besagte Substitution statt habe, leuchtet daraus ein; Die Vermuthungen, Schankung, — Schulderlaß, — Bezahlung wird nicht vermuthet, sind Resultate der Vermuthung für die Nichtexistenz der Thatsachen, sie haben die Gültigkeit, und die Bedingungen der Wirksamkeit ihres Grundes, wie und in wie weit ihr Grund im größern Umfange wirksam ist, so, und eben so weit wirken auch sie in ihren beschränkteren Umfange; wirket demnach die Vermuthung für die Nichtexistenz der Thatsachen als Regel so lange, bis die Existenz einer oder der andern besonders begründet wird, so wirket auch Vermuthung für die Nichtexistenz einer bestimmten Thatsache nicht minder als Regel so lange, bis für ihre Existenz ein besonderer Grund erscheinet. Man wird also zur vollendeten Anflösung unsrer Aufgabe dem oben aufgestellten Grundsatze zur Kenntniß der Regel- und Ausnahme Vermuthung nur mehr folgenden Untergeordneten beyzufügen haben; daß man, wenn bey zwey sich collidirenden Vermuthungen, sie in Urtheilen ausgedrückt, die beyden Subjekte sich nicht unmittelbar wie Art und Gattung zu einander verhalten, darauf sehe, ob nicht eines durch ein höheres Subjekt begründet werde, und ob dann nicht dieses der Gattungsbegrif für das andere als einer untergeodneten Art abgebe, in welchem

chem Fall dieße Auflösung mit obiger vollends zusammen läuft.

§. 72.

Beyspiele zur Anwendurg der gegebenen Grundsätze.

Will man nun mit Böhmer, a) und Menoch b) die Vermuthung, welche die Regel bildet, allgemeine und jene, welche sich zu selber wie Ausnahme verhält, besondere nennen, so kann mir dieses im Grunde gleichgiltig seyn; mir ist es genug, daß sich alle die Fälle, welche eben er zum Belege seiner ohne irgend einen Kenntnißgrund der Allgemeinheit, und Nichtallgemeinheit aufgestellten Regel anführt, c) auch unter unsre doch gewiß trefender bezeichneten Grundsätze subsummiren laßen; — Ich brauche sie hier nicht einzurücken, jeder Leser wird sich hievon gar bald überzeugen. Nur muß ich vor der Darstellung seiner Regel warnen, sie verführt so gar leicht zu Irrthum; er sagt: d) die allgemeine Vermuthung muß der besondern weichen, würde man dar aus folgern wollen, also kömmt die allgemeine Vermuthug, wenn einmal eine besondere Gegenvermuthung gegeben ist, gar nicht mehr in Betrachtung, — man irrte Himmelweit; der Schluß darf weiter

a.) Cit. Exercit. C. II. § 7.)
b.) De præsumt. Comment. Lib. Qnest. 29.
c.) ibid. C. II. § 7. et sqq.
d.) ibidem C. II. § 7.

weiter nicht gehen, als daß sie zunächst nicht in Betrachtung kommen, sondern daß sich der Richter nun vorerst davon auf dem geeigneten Wege zu überzeugen suchen müße, ob die besondere Vermuthung zur Gewißheit erhoben werden könne, oder nicht, sondern vielmehr eben durch die Aeußerung ihrer Wirkung ganz wegfalle, — Ist dieses der Fall, dann gelangt die allgemeine Vermuthung (um mit Böhmer zu reden),, zu ihrer Aktivität wieder, sie weicht also der besondern nie ganz, und unbedingt, sondern immer nur bedingt.

Aber nicht nur Böhmers Regel auch die Fälle, welche er als Ausnahmen seiner Regel, die allgemeine Vermuthung weicht der besondern, vorträgt, a) und die er unter der eignen Regel faßt, daß jede dringende Vermuthung (violenta præsumtio) die übrigen überwiege, b) begreift unser obiger Grundsatz unter sich. Zum Beweise denke ich mir mit ihm den nämlichen Fall: es beweißt irgend einer durch Vermuthuug, daß Kajus ihm hundert Gulden schulde; diese Vermuthung steht mit jener für die Nichteristenz einer Thatsache in Collision verhält sich zu ihr, wie Ausnahme zur Regel. — Ich frage, welche von ihnen den Richter 'zu einer Verfügung bestimme, welche eigentlich wirke? Böhmer giebt uns die Antwort selbst, wenn er dem Gläubiger den Erfüllungs-Eid schwören, und dadurch die Ausnahme-Vermu-

thung,

a.) Cit. exercit C II. §. 13.
b.) ibid. § 14.

thung, daß Kajus hundert Gulden schulde, ihrer Natur gemäß (indem sie unter positiven Bedingungen zur Gewißheit wird) wirken läßt.

Eben so gewiß laßen sich die Fälle, die er noch aufzählt, auf das Verhältniß der Ausnahme zur Regel zurückführen; Bey den Vermuthungen für Befreyung des Schuldners nach durchstrichenen, — für Bezahlung nach zurückgegebenen Schuldschein, — für Schankung bey Bezahlung bewußter Nichtschuld ist dieses bereits geschehen (§. præc.); auf die nämliche Gesichtspunkte läuft die Sache mit der Vermuthung für Irrthum beym minderjährigen, Soldaten, und bey einer Frauensperson; für durch den Ehemann geschehene Zengung der in der Ehegebohrnen Kinder hinaus; a) alle erscheinen wenigst mittelbar (§ præc) in Collision mit jener für die Nichtexistenz der Thatsachen, verhalten sich sohin wie Ausnahme zur Regel.

Und, um allgemeiner zu sprechen, bey allen gesetzlich dahin qualifizirten, daß auf Beweiß des Gegentheils erkennet werden muß, bey allen negativen, und überhaupt jener Gattung von Vermuthungen, die unter negativen Bedingungen zu juristischer Gewißheit erhoben werden, wenn für eine gegentheilige Thatsache wieder Vermuthung gegeben wird, wird immer dieses Verhältniß eintrefen,

a) ibid. § 14. et ibi cit. ll.

trefen, erstere giebt die Regel; die Ausnahme-Vermuthung die letztere; so, wenn für eine Zeugungsfähigkeit eines Gatten zerstörende Natur-Causalität eine Vermuthung vorkommt, verhält sich diese Vermuthung zu jener für Fähigkeit, oder vielmehr mittelbar für die Integrität eines organischen Körpers, wie Ausnahme zur Regel.

§. 73.

Aber nicht alle in Collision stehende Vermuthungen haben zu einander das Verhältniß der Ausnahme, und Regel
a) einige heben sich auf.

Die ganze Collision der Vermuthungen durchgreifend sind die angegebenen Grundsätze denn doch nicht, es können auch Vermuthungen in entgegengesetzter Richtung aufeinander stoßen, so, daß, wenn man sie in Urtheilen ausdrükt, ein Subjekt das andre nicht wie Gattung die Art weder unmittelbar, noch mittelbar unter sich begreift (§§ 70 et 71.), und die sich folglich nicht, wie Regel, und Ausnahme zu einander verhalten; wir sahen dieß oben (§ 67), wo wir uns fragten; ob überhaupt eine der sich collidirenden Vermuthungen ihre Wirksamkeit äußere? indem wir da den durch das Beyspiel eines allenthalben gleich unvollständigen gegenseitigen Zeugenbeweises (durch einen klaßischen

Zeu-

Zeugen) belegter Fall bestimmten, wo überhaupt keine der in Collision stehenden Vermuthungen wirksam wird, und die Sache in die Lage zurücktrit, als wenn gar keine Vermuthung je gegeben worden wäre; welches nicht nur in dem Beyspiele statt hat, wenn ein klaßicher Zeuge gerade das Gegentheil von der Aussage eines andern eben so klaßischen behauptet, sondern auch in jedem andern Fall, wo Vermuthung, und Gegenvermuthung sich nicht wie Regel, und Ausnahme verhalten, und der Grad der Wahrscheinlichkeit für beyde gleich groß ist, gleichviel dann, was immer für Umstände als Vermuthungsgründe gegeben seyn mögen.

§. 74.

b) Uebrigens wirket die dringende Vermuthung vor der entferuten.

Aber es kann zwischen Vermuthung, und Gegenvermuthung das Verhältniß der Regel und Ausnahme nicht eintreten, und doch eine hievon mit Ausschluß der andern ihre Wirksamkeit behaupten, wann ist dieses der Fall? und welche ist da wirksam? sind nun die zwey noch zu beantwortende Fragen.

Die erstere Frage beantwortet, uns der Gegegensatz mit vorigen Fall, gemäß dem sich Vermuthung, und Gegenvermuthung einander aus

der Ursache aufheben, weil ihr gegenseitiger Grad der Wahrscheinlichkeit gleich ist; — Ungleichheit im Grade der Wahrscheinlichkeit vernichtet das durch Gleichheit begründete, — die wechselweiße Aufhebung der Vermuthungen, und da zwey sich entgegengesetze nimmermehr zugleich wirken können, so muß nothwendig die Wirksamkeit der einen gesetzt, und jene der andern ausgeschloßen werden, und es kommt uun mehr darauf an, welcher ersteres, und welcher letzteres Looß zu Theil werde.

Ungleichheit im Grade der Wahrscheinlichkeit muß für diesen Fall zwischen den sich collidirenden Vermuthungen herschen, eine muß die Mehrheit von Gründen für sich haben (die man nach dem § 24 gegebenen Maaßstab berechnen mag) — muß dringend seyn, während die andere die wenigern Gründe zählt, — entfernte Vermuthung ist; hier ist also der Platz, wo uns die Eintheilung der Vermuthungen in dringende, und entfernte (§ 28) ihre Dienste gewährt, dieser Unterschied bestimmt die ausschließende Wirksamkeit für eine der sich in der gegebenen Art Collidirenden Vermuthungen. Ist die Gegenvermuthung die dringende, so ist die Vermuthung mehr als aufgehoben und es muß also um so mehr gegen den Vermuthungshaber gesprochen werden, als dieses selbst da schon der Fall ist, wo sich Vermuthung, und Gegenvermuthung wie gleiche positive, und negative Grössen wechselweise vernichten; es trit das ganze in die Lage ein wo gar kein Kenntnißgrund für die

Existenz

Existenz der streitigen Thatsache gegeben ist, und also der Grundsatz wirksam ist, wenn der Beweißführer nichts beweiset, muß für den Probatar gesprochen werden (actore non probante reus absolvitur). Aber man würde mich mit Recht eines Verstoßes beschuldigen, wenn ich für diesen Grundsatz, auch mit der Beschränkheit auf die Art von Collision, Allgemeinheit in Anspruch nehmen wollte; in ihm selbst schon liegt der Beweiß daß er nur dann Anwendung leide, wenn die sich collidirenden Vermuthungen aus einem geführten eigentlichen Beweise hervorgehen; sind sie vor irgend einer Beweißhandlung der Partheyen gegeben, so ist denn doch nur wieder der Zustand, daß kein Kenntnißgrund für die streitige Thatsache vorwaltet, hier entscheidend, der Richter muß sich solchen durch Interlokut auf Beweiß zu verschaffen suchen, eben so, als wenn gar keine Vermuthung gegeben wäre, und zwar für beyde Fälle, sowohl wenn Vermuthung, und Gegenvermuthung sich einander aufheben, als auch, wenn die Gegenvermuthung die dringende, Vermuthung aber die entfernte ist, nur wird im letztern Fall das Uebergewicht der Gegenvermnthung da, wo der, der andern Parthey auferlegte Beweis wieder mehr nicht als Vermuthung liefert, bey Beurtheilung dieser Vermuthung nicht außer allem Augenmerk als ein schon bestehendes Gegengewicht gesetzt werden därfen; und sollte es gar trefen, daß benanntes Ubergewicht noch Vermuthung wäre, so könnte neuerdings eine Collision der Vermuthungen entstehen, welche dann entweder

der unter die bereits angeführten Fälle eingehörte, oder wahrscheinlicher, da ich ohnedieß das äusserste, was noch möglich wäre, setzte, unter folgenden noch zu entwickelnden, wenn die Vermuthung die dringende, und Gegenvermuthung die entfernte ist.

Hier ist die Sache mit ein paar durch sich einleuchtenden Sätzen abgethan. Nur das Uebergewicht, das hier die Vermuthung für sich hat, kann in Anschlag kommen, und die Bestimmung ihrer Wirksamkeit hängt davon ab, ob selbes (um wieder den äußersten möglichen Fall zu setzen) selbst noch Vermuthung sey, oder ob es vielmenr nur mehr Verdacht für die Existenz begründe, in beyden Fällen unterscheide man, ob die Vermuthungen durch geführten eigentlichen Beweiß, oder schon vor solchen gegeben werden, ist jenes, so wird für erstern Fall auf den Erfüllungs- für letztern auf den Reinigungs-Eid erkennt werden müßen; ist dagegen dieses, so ist Interlokut auf Beweiß die Folge, der im erstern Fall zur Aushilfe auch im Erfüllungs-Eid bestehen mag.

Auf die Frage, warum ich hier nur größtentheils Resultate liefere, dient folgendes zur Antwort; daß ich die Theorie der Beweiße mit Recht voraussetzte, und um Uebergrif in eine fremde Sphäre zu vermeiden, so manches daher abzuleitende Postulat nicht widerholen wollte. Auch glaube ich deßwegen keinen Vorwurf zu verdienen, daß ich hier die Collision der unvollständigen Beweiße

mit

mit aufnahm, vielmehr würde man mir mit allem Recht das Gegentheil als unverzeihliche Inkonsequenz ausstellen, da ich oben (§ 27) die unvollständigen Beweiße insgesammt auf Vermuthungen zurückführte: Wenn ich nebenher auf die Qualität der Beweismittel, und die daraus für den grösern oder kleinern Grad der Wahrscheinlichkeit einer Vermuthung fließende Resultate keine Rücksicht nahm, wie es doch seyn muß, um die Wirksamkeit der sich collidirenden Vermuthungen gehörig zu bestimmen, so war dieses nicht Unwißenheit des Einflußes auf die Sache, es geschah mit vollem Vorbedacht, indem diese Bestimmung zunächst in die Lehre von der Collision der Beweiße gehört, die ich hier weder erörtern wollte, noch selbst meinem Zwecke gemäß, könnte, und welche ich demnach billig voraussetzte, Böhmer a) und Koelle b) gewähren hierüber, ob gleich nach meiner Uberzeugung eine nicht ganz befriedigende Nachlese.

Damit würde ich ohne Bedenken schließen können, hätten es sich die Rechtsgelehrten nicht einmahl angewöhnt, so wie sie sich im Gegensatze zum Beweiß nebst den direkten, auch noch einen indirekten Gegenbeweiß dencken (52), auch von indirekten Gegenvermuthungen zu reden, und dieser

Ange-

---

a) In Exercitationibus ad Pandectas exercitatio 65. de collisione probat.

b) Heinrich Christian Ernst Koele, über die Collision der Beweise. Leipzig 1794. 8.

Angewöhnung wegen muß ich hierüber noch einiges bemerken, denn, daß alles bisher erörterte nur den direkten Gegenvermuthungen gelte, fällt wohl von selbst ins Auge.

§. 75.

Verhältniß einer Vermuthung zu einer indirekten Gegenvermuthung.

So wie beym indirekten Gegenbeweiße keine Collision der Beweiße, — der Kenntnißgründe für eine und dieselbe Thesis, sondern eigentlich Collision der Beweiß-Thesen selbst, vorwaltet, und es sohin dabey der Frage gült, welche Kenntnißgründe für den Beweiß-Gegenstand ihre Wirksamkeit äussern, (wie beym direkten Gegenbeweiß gefragt werden muß,) sondern darauf ankommt, welche von den sich gegenüber stehenden Beweiß-Thesen für einen bestimmten Fall die entscheidende sey, wornach dann auch nur mehr der Beweiß für die entscheidende Thesis in Betracht kommen kann; Eben so kommen auch bey einer indirekten Gegenvermuthung nicht die Wahrscheinlichkeitsgründe für eine, und dieselbe Thatsache sich gegenüberzustehen, sondern eben wieder nur die Wahrscheinlichkeits-Gründe für verschiedene sich gegenüberstehende Thatsachen, von denen die für den konkreten Fall entscheidende ausgemittelt werden muß, und die wirkenden Wahrscheinlichkeitsgründe sind dann dadurch

durch vermittels Consequenz schon hinlänglich bestimmt. a) Ich will einmal die Sätze in Anwendung bringen; setzen wir, es sey Vermuthung zu gegen für die Existenz einer Schuldverbindlichkeit, und eine indirekte Gegenvermuthung für die Existenz der Bezahlung; oder es sey Vermuthung da für einen Vertrag überhaupt, und dagegen wieder Vermuthung für einen durch bestimmte Zeit- und Thatbedingungen beschränkten — einen besonders gearteten Vertrag, so kommt es hiebey nicht auf das Verhältniß der Regel zur Ausnahme zwischen diesen Vermuthungen, nicht auf die Gleich- oder Ungleichheit des Grades ihrer Wahrscheinlichkeit an, um zu bestimmen, ob überhaupt eine von ihnen, und welche eigentlich wirke; hier bestimmt die für den konkreten Fall entscheidende Thatsache die Wirksamkeit der einen Vermuthung vor der andern. In unsren gegebenen Beyspielen wo Vermuthung für Schuldverbindlichkeit, und entgegen für Bezahlung, — für einen Vertrag überhaupt, und gegenüber für einen besonders gearteten Vertrag gesetzt ward, ist zunächst die Thatsache der Bezahlung, und des besonders gearteten Vertrags entscheidend, — die Vermuthungen für sie müssen zunächst berücksichtiget werden; ich sage zunächst; der Ankunftstitel dieses Beysatzes liegt darinn, weil es sich bey noch nicht bestehender Gewiß-

a) Man vergleiche die schöne mit vielen philosophischen Sarfsinne bearbeitete Skizze (Sibets) einer neuen Theorie der Klagen, und deren Bestreitungen (Rostock 1799. 8.) §17 — 20.

wißheit der entscheidenden Thatsache, wie es beym indirekten Gegenbeweiß der Fall ist, sich noch immer ereignen kann, daß auch noch die gegenüber stehende Vermuthung wirksam werde, wenn jene etwa durch Aeußerung ihrer Wirksamkeit ganz wegfallen, und dadurch zugleich den juristischen Verfall der Thatsache, worauf sie geht, bewirken sollte, — wenn z. B. der, welcher die Vermuthung für Bezahlung für sich hat, den auferlegten Erfüllungs-Eid nicht schwört.

Defensionssätze.

I.

In der Genesis des durch die Vernunft kategorisch gebothenen Staatsverein liegen der Eigenthums-, Schutz-Vereinigungs und Unterwerfungs-Vertrag.

II. Sinnlich vernünftig seyn allein bestimmt die Staatsbürger-Fähigkeit. — Allgemeine Toleranz heischt der Vernunftstaat.

III. Bey einer Wechselverbindlichkeit kann der verbundenen einer dem andern seine Verbindlichkeit auch einseitig erlassen, nur sich selbst kann er ohne gegenseitigen Erlaß nicht entbinden. — Jedes Staatsamt kann demnach mit Ueberlaßung der Dienstvergeltung an den Staatsdiener rechtlich widerrufen werden.

IV. So besonders heilig auch die Bande sind, welche Natur, und Moralität zwischen Eltern, und Kindern kettet; ihr ursprüngliches Rechtsverhältniß gegen einander ist kein anders, als das zwischen Mensch, und Mensch. — Vernunftgemäßheit fodert vom Staate ein eignes festzusetzen.

V. Die Fürsten des deutschen Reichs können den Kurfürsten mit Grund das Adkapitulationsrecht nicht absprechen.

VI. Wenn ein Reichsstand seine Religion ändert, so hängt es von ihm ab, ob er nicht darnach auch seine Komitial-Stimme abändern wollte; ohne Erklärung regulirt sich diese nach seiner, und nicht des Landes Religion. — Auch kann die Stimme jeder Religionsqualität durch einen Komitial-Gesandten der andern Reichsreligion vertreten werden.

VII. Ein bestimmter Staat läßt sich nicht ohne bestimmte stätte Regierung denken. — In De tschlands Zwischenreiche müßen alle Herscher- und Regierungsrechte von den Reichsvikarien, als dem Interimssurrogat des Kaisers bis zum Falle einer gesetzlichen Ausnahm ausgeübt, und insbesondere unter ihren Auspizien der Reichstag fortgesetzt werden.

VIII. Unter Deutschlands Unmittelbaren regulirt sich die Verjährung der Hoheitsrechte, — wenn man die Rechte, deren Unmittelbarkeit erst miterworben werden muß, und geistliche Staaten ausnimmt, nicht nach unfürdenklicher, ordentlicher, oder außerordentlicher Zeit von 40 Jahren. — Es hat die römische für Rechte überhaupt festgesetzte dreyßigjährige Verjährungszeit statt.

IX. Was immer auch von auswärtigen in einem deutschen Lande für Rechte ausgeübt werden mögen, die Landeshoheit ist dabey, — selbst bey kaiserlichen Reservatrechten, die bloße Ausübung des Rechts abgerechnet, in ihrem ganzen Umfange thätig.

X. Vom ganz zufälligen Gange des Verkehrs hängt die Handlung en gros, und en detail ab; unterliegt keinem Gesetze, der Unterschied der Meßen, und Jahrmärkte ist demnach prekär, und ein kaiserliches Reservatrecht auf Meßen ungegründet.

XI. Den Begrif von Regalität bestimmt der Publizist einzig richtig durch Staatseigenthum besonders nutzbarer Güter, söndert sie so von Hoheit, und gewinnt dadurch koexistente Selbstständigkeit von beyden.

XII. Geist der Reichsgesetze fodert zur vollendeten Justitzpflege drey Instanzen, deren letzte eines der höchsten Reichsgerichte, oder ihr Surrogat in inappellabeln Ländern ist, daher hat jeder unmittelbare das Recht, und die Verbindlichkeit zwey Reichsgesetzmäßig bestellte Instanzen anzuordnen.

XIII. Im unbedingten Mandats-Prozeße, wenn vom Impetraten erhebliche Einreden vorgebracht werden, wird über die Replick keine fernere Schrift zugelaßen. (R. A. v. 1654. §. 77.) — Nicht die anomalische Absicht dem Impetranten das letzte

Wort zu verschaffen, Konsequenz vielmehr mit dem ersten Grundsatz dieses Prozeßes liegt im Gesetze.

XIV. Berg, und seine Gewährsmänner sprechen den summarischen Besitz-, und jenen Sachen, wobey Gefahr auf Verzug haftet, die Appellationsfähigkeit an die Reichsgerichte aus Uebersehung der zweyfachen Wirkung einer Berufung, — sohin mit Ungrund ab. (Grundriß der reichsger. Verfaßung, und Praxis §. 292.)

XV. Nichtschuldige bezahlte Zinsen eines schuldigen Kapitals können durch die Klage einer Nichtschuld (Condictio indebiti), wie Weber will, nicht zurückgefodert werden.

XVI. Den Stalpfischen Unterschied bey erhobenen Früchten zwischen denen, welche noch virtualiter existiren, oder nicht, in Ansehung auf die Zurückgabe derselben von Seite des redlichen Besitzers kennen unsre Gesetze nicht.

XVII. Faustpfänder geben im Konkurse kein Vorzugsrecht.

XVIII. Der Darlehensvertrag (mutuum) enthält eigentlich keine Veräusserung.

XIX. Was ist Justiz? — Was Polizeysache? — Diese schwere Aufgabe lößen deutsche Verfassung, und Geist der Reichsgesetze dahin auf, daß

daß

alles Justitzsache ist ohne Rücksicht auf Qualität des Gegenstandes, worüber unter den deutschen Coexistenten Rechtsstreit sich erhebt.

XX. Die Grundmaxime des gemeinen Prozesses, — die der Verhandlung, im Gegensatz mit dem auf Untersuchung beruhenden preußischen Prozeße macht nebst andern wichtigen Folgen, Augenschein, Beweiß durch Kunstverständige, durch Schlüße, und Vermuthungen aus der Kategorie der eigentlichen Beweise verschwinden. — Nach ihr ist Beweiß neues faktisches Vorbringen zur juristischen Bewährung der Streitthatsache.

XXI. Präparatorisches, und Hauptverfahren erschöpfen die Lehre vom Konkursprozeß, und stellen sie richtiger dar, als die schon gegen die Logik verstossenden Eintheilungen in bevorstehenden, materiellen, und formellen Konkurs.

XXII. Auch Feuerbachs Theorie über das Strafrecht, obgleich befriedigender, als die vorgängigen, leistet noch nicht vollends Genüge. — Sollte man nicht die ursprüngliche Idee von Verbrechen vor Begründung des Strafrechts derselben selbst mit Vortheil für diese festsetzen?

XXIII. Feuerbach hat bloß den Menschen, nicht den Staatsbürger im Auge, wenn er die Tödtung eines einwilligenden (homicidium in volentem comissum) für straflos erklärt; auch solch'

eine

eine Tödtung unterliegt der gesetzlichen Strafe des Todtschlags.

XXIV. Die päbstliche Protestation gegen den westphälischen Frieden, so sehr sie auch Ickstat, und unsre Kirchenrechtslehrer in Schutz nehmen, ist weder rechtlich, noch kann sie je eine Wirkung gewinnen.

XXV. Bey der Wahl eines Bischofes kann der Regent irgend einem Subjekt die Exklusivam geben.

XXVI. Will man nicht so viele Hoheiten annehmen, als es denkbare Privatverträge giebt, so kann man konsequent auch von keiner eignen Lehenshoheit reden.

XXVII. Lehens = Erbfolgerecht, und Lehens-Erbfolgeordnung unterscheiden sich wie Recht, und Reihe in Realisirung des Rechts in der Voraussetzung mehrerer Berechtigten. Wer sohin kein Erbfolgerecht hat, kann in der Erbfolgeordnung schon gar nicht in Betracht kommen. — Die Ascendenten Folge muß darnach beurtheilt werden.

XXVIII. Der Hoffuß in unserm Vaterlande läuft nicht nur gegen gesunde Staatswirthschaft, selbst strenges Recht streitet wider ihn.

XXIX. Die Landsaßen Gerichtsbarkeit a) gründet sich auf keine allgemeine, sondern lauter einzelne

ne Verleihungen. b) Dergleichen ist auch Ottos Handfeste.

c) Schon vor ihr gab es solch' einzelne Privilegien.

d) Uranfänglich wurden meist nur Hubengerichte verliehen, nach und nach wurden sie Distriktionel.

e) Auch war sie Anfangs meist niedere Gerichtsbarkeit im Gegensatz mit einer mittleren, und höhern, durch Observanz aber erwuchs die niedere zur mittleren, und kam ganz in Vergessenheit.

XXX. In unserm bürgerlichen Landrechte liegt bey Bestimmung der Unterscheidungsmerkmale zwischen Handlungen unter lebendigen, und von Todeswegen eine, besonders bey simpeln, und gemischten Heurathsverträgen, und den Schankungen zwischen lebendigen, und von Todeswegen sichtbare Insufizienz, — sohin die Aufgabe einer nähern Bestimmung dieses Gegenstandes.

XXXI. Das gesammte Hypotheken-Wesen dürfte sehr zweckmäßig in ein vernünftigeres Surrogat vertauscht werden.

XXXII. Der Relevanzbescheid im baierischen Prozeß dient zur Verzögerung der Justiz, — ist zweckwidrig, sohin daraus zu verbannen.

XXXIII. Die Verhängung eines Arrestes begründet nicht allzeit den Arrests-Gerichtsstand.

XXXIV. Die überhaupt schon durch gesetzliche Willkühr als Bedingung zur Strafe des Strangs bey einem Diebstahl in unserm Kriminal-Kodex 1751 festgesetzte Summe von 20 fl. kann 1801 auch nach strengster Befolgung des Gesetzes nicht zur nämlichen Strafe mehr hinreichend angesehen werden.

XXXV. Eine gute Staatswirthschaft heischt Abtheilung der Gemeindegründe. Und obgleich Runde die Anwendbarkeit der römischen Lehre über Gemeinheit der Güter (rerum Communio), und demnach die Provokation des einzelnen auf Abtheilung bey einem Gemeindegut mit Recht bestreitet, so kann, und soll doch nicht nur diese Provokation vom Staate erlaubt, sondern selbst durch ein allgemeines Gesetz die Abtheilung befohlen werden. — Der Vertheilungs-Maasstab regulirt sich nach der Größe des rechtlichen Genußes eines jeden Gemeinders am Gemeindegut.

XXXVI. Das physiokratische System dürfte sich erst mit Fichtes geschlossenen Handelsstaat realisiren lassen.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weindler, Matthias

über Vermuthungen vorzüglich mit Hinsicht auf bürgerliche Rechtslehre

Landshut 1801

J.pract. 321
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554859-8